

Frank Lorenz/Günter Schneider (Hrsg.)

# Raus aus der Krise!



**Mitbestimmung neu denken:**  
Handlungsoptionen für betriebliche und  
gewerkschaftliche Interessenvertretungen

VSA

## Wolfgang Däubler Schutz gegen Arbeitslosigkeit in der Wirtschaftskrise?

### 1. Die Ausgangssituation

Deutschland wird von der Finanzkrise hart getroffen. Auch deutsche Banken haben Subprime-Papiere erworben und bei der Pleite von Lehman Brothers sehr viel Geld verloren. Beides löste eine Art Kettenreaktion aus, sodass auch andere Papiere an Wert eingebüßt haben, weil die Bonität der Schuldner grundsätzlich in Zweifel gezogen wird. Die Summe »fauler« Kredite, deren Rückzahlung zweifelhaft ist, wird auf einen Betrag zwischen 300 Milliarden und einer Billion Euro geschätzt<sup>1</sup> – die zweite Zahl macht ungefähr 40% des jährlichen Bruttoinlandsprodukts aus. Im Juli 2009 wurde in Deutschland das »Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung« verabschiedet, mit dem die Banken ihre faulen Wertpapiere künftig in so genannte Bad Banks auslagern können, die all diese schlechten Risiken übernehmen sollen. Ob dies nicht auch den Staat in Schwierigkeiten bringt, ist derzeit nicht sicher zu beurteilen. Wenn in den USA die Zentralbank für 300 Mrd. Dollar eigene Staatsanleihen kauft,<sup>2</sup> weil keine anderen Finanzierungsmaßnahmen mehr zur Verfügung stehen, so legt dies für die dortige Entwicklung eher eine pessimistische Prognose nahe. Die Notenpresse zu betätigen – worauf diese Maßnahme hinausläuft –, war noch nie ein Mittel, um die Wirtschaft wieder auf die Beine zu bringen.

Zu den Problemen im eigenen Haus kommt hinzu, dass die Wirtschaft der Bundesrepublik sehr stark exportorientiert ist. Mehr als ein Drittel des Bruttoinlandsprodukts wird in andere Länder verkauft. Die Absatzmöglichkeiten sind fast überall schlechter geworden, was zu einem drastischen Rückgang gerade in Sektoren

führt, die für die deutsche Wirtschaft besonders wichtig sind. Als Beispiele seien die Automobilindustrie, der Maschinenbau und die chemische Industrie genannt. Man geht deshalb davon aus, dass die deutsche Wirtschaft im Jahre 2009 um ca. 5% schrumpfen wird,<sup>3</sup> d. h. stärker, als dies für die meisten anderen vergleichbaren EU-Mitgliedstaaten prognostiziert wird. In der Wirtschaftspresse finden sich fast nur negative Meldungen; wenn eine Firma berichtet, ihr Absatz sei gegenüber dem ersten Halbjahr 2008 nicht zurückgegangen, wird dies als großer Erfolg gewertet.

Die aktuelle Situation führt ersichtlich zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten. Dabei handelt es sich allerdings nicht um die erste Krise, mit der die deutsche Wirtschaft konfrontiert ist. Vielmehr hat es ähnliche Erscheinungen schon in der Vergangenheit gegeben (obwohl vieles dafür spricht, dass es sich derzeit um den Beginn der größten Krise in der Geschichte der Bundesrepublik handelt). Was kann das Arbeits- und Sozialrecht leisten, um die drohende Arbeitslosigkeit zu bekämpfen? Bietet es Mittel, um den Verlust von Arbeitsplätzen wenigstens hinauszuzögern? Kann vielleicht sogar ein längerer Zeitraum von zwei bis drei Jahren überbrückt werden, ohne dass es zu Entlassungen kommt?

Wenn das Arbeitsvolumen in einem Unternehmen zurückgeht, gibt es eine Reihe typischer Reaktionsformen. Sie stehen in einer bestimmten Reihenfolge. Erster, rechtlich unproblematischer Schritt ist der Verzicht auf Überstunden; die Belegschaft arbeitet nur noch so lange, wie dies vertraglich festgeschrieben ist. Rechtlich vergleichbar unproblematisch ist der Fall, dass befristete Arbeitsverträge nicht verlängert werden – wenngleich hier die Betroffenen sehr viel stärker belastet werden. Die zweite Stufe ist der Abbau von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern, was nähere Aufmerksamkeit verdient (siehe Abschnitt 2). Bleibt dennoch zu wenig Arbeit, werden bestehende »Zeitguthaben« abgebaut. Ohne dass sich die Vergütung ändert, wird die Arbeitszeit reduziert, weil ja in der Vergangenheit bereits mehr als vertraglich vorgesehen gearbeitet wurde. Dies kann bis zu einigen Wochen ausmachen (siehe unten Abschnitt 3). Weiter kommt in Frage, ganz oder teilweise den bezahlten Jahresurlaub in Anspruch zu

<sup>1</sup> Handelsblatt v. 19.1.2009, S. 1.

<sup>2</sup> Mitgeteilt in Handelsblatt v. 20./21./22.3.2009, S. 1.

<sup>3</sup> Vgl. die bescheideneren Schätzungen in Handelsblatt vom 20.1.2009, S. 1.

nehmen, der nach dem Gesetz vier Wochen, in der Praxis jedoch aufgrund von Tarifverträgen in aller Regel sechs Wochen pro Jahr beträgt (Abschnitt 4).

Kommen diese Mittel nicht in Betracht oder sind sie ausgeschöpft, kann »Kurzarbeit« beschlossen werden. In Übereinstimmung mit dem verminderten Arbeitsanfall wird die Arbeitszeit verringert; im Extremfall kann sie null Stunden pro Woche betragen (»Kurzarbeit null«). Für die ausfallende Arbeitszeit erhalten die Arbeitnehmer von der Bundesagentur für Arbeit Kurzarbeitergeld in Höhe von 60% des entgangenen (Netto-)Verdienstes. Voraussetzung ist allerdings immer, dass der Arbeitsausfall »vorübergehenden« Charakter hat. Nach derzeitiger Rechtslage kann die Kurzarbeit bis zu 24 Monate dauern. Die Einzelheiten bedürfen der näheren Darstellung (Abschnitt 5).

In bestimmten Branchen existieren Tarifverträge, die die Möglichkeit eröffnen, die »normale« Arbeitszeit zu verkürzen, z.B. statt 38 Stunden nur 30 Stunden wöchentlich zu arbeiten. In der Regel verringert sich die Vergütung, die der Arbeitnehmer erhält, in gleichem Umfang. Als Gegenleistung verzichtet der Arbeitgeber darauf, während der Laufzeit der Abmachung aus wirtschaftlichen Gründen zu kündigen. Dieses Mittel lässt sich auch dann einsetzen, wenn der Rückgang der Produktion nicht nur vorübergehend ist, sondern wahrscheinlich eine Dauererscheinung darstellt. So wurde etwa bei Volkswagen im Jahre 1995 die 28,8-Stunden-Woche eingeführt, weil (zu Recht) mit einem dauerhaften Rückgang des Arbeitsvolumens gerechnet wurde.<sup>4</sup> Liegt in Wahrheit nur eine vorübergehende Störung vor, ist eine solche Regelung für die Arbeitnehmer nachteilig, weil sie kein Kurzarbeitergeld erhalten (Abschnitt 6).

Wie die Perspektiven nach Ende aller dieser Maßnahmen beschaffen sind, soll anschließend kurz skizziert werden (Abschnitt 7).

Angesichts einer auf den Betrieb konzentrierten Form der Interessenvertretung wird häufig die politische Dimension der Krise ausgeblendet. »Wir zahlen nicht für Eure Krise« ist eine Parole, die auf die Urheber verweist, aber noch keinen Weg nennt, wie

<sup>4</sup> Wortlaut des Tarifvertrags abgedruckt in DB 1994, 42.

eine bessere Form von Wirtschaft aussehen könnte. Insoweit stehen wir am Anfang – die Herrschaft der neoliberalen Ideologie hat das Denken in Alternativen gründlich verschüttet. Wie könnte ein produktiver Umgang mit der Krise aussehen (Abschnitt 8)?

## 2. Abbau von Leiharbeit

Die Leiharbeit hat in den vergangenen Jahren in Deutschland stark an Bedeutung gewonnen. Bei bestimmten Firmen wie z.B. bei BMW in Leipzig betrug der Anteil der Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer an der Belegschaft 35%. Diese Beschäftigten haben einen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher, nicht aber mit dem Inhaber des Betriebes, in dem sie eingesetzt werden. Dieser kann deshalb den Verleiher auffordern, seine Leute zurückzuziehen, da er sie wegen verringerten Arbeitsanfalls nicht mehr benötigt. In aller Regel sind die vertraglichen Beziehungen so gestaltet, dass eine derartige Möglichkeit auch kurzfristig offensteht. Auf diese Weise ist es möglich, die Zahl der Leiharbeiter innerhalb von wenigen Tagen deutlich zu senken, ja generell auf Leiharbeit zu verzichten.

In der juristischen Literatur wurde in jüngster Zeit die These entwickelt, der Unternehmer könne frei entscheiden, ob er Leiharbeiter »zurückschicken« oder Stammbeschäftigte entlassen wolle; beide Kategorien von Beschäftigten seien nicht vergleichbar.<sup>5</sup> Leiharbeit einzusetzen, beruhe auf einer unternehmerischen Entscheidung, die die Beteiligten grundsätzlich hinzunehmen hätten. Dem steht allerdings entgegen, dass das Bundesarbeitsgericht entschieden hat, die Kündigung eines Arbeitnehmers sei rechtswidrig, wenn er durch einen Leiharbeiter ersetzt werden solle.<sup>6</sup> Insoweit hat die Rechtsprechung dem Arbeitgeber keine Freiheit eingeräumt, unter verschiedenen Beschäftigungsformen frei zu wählen. In der Gegenwart sind keine Versuche bekannt geworden, Stammbeschäftigten zu kündigen und dennoch Leihar-

<sup>5</sup> Moll-Ittmann, Betriebsbedingte Kündigung und Leiharbeit, RdA 2008, 321.

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, bestätigt in BAG AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

beitnehmer auf vergleichbaren Arbeitsplätzen weiter zu beschäftigen; der Abbau der Leiharbeit hatte – soweit ersichtlich – in der Praxis immer den Vorrang.

Leiharbeitnehmer können nicht allein deshalb gekündigt werden, weil ihr Arbeitgeber, d.h. der Verleiher, einen Auftrag verloren hat.<sup>7</sup> Gehen allerdings die Einsatzmöglichkeiten insgesamt zurück, kommt auch für sie aufgrund des bis 31.12.2010 geltenden § 11 Abs. 4 Satz 3 AÜG<sup>8</sup> Kurzarbeit in Betracht. Besteht auf Dauer keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr, ist wie bei anderen Arbeitnehmern eine betriebsbedingte Kündigung zulässig.

### 3. Abbau von Zeitguthaben

Die tarifliche oder im Arbeitsvertrag festgelegte Wochenarbeitszeit beträgt in Deutschland zwischen 35 und 40 Stunden. In der Realität wird jedoch erheblich länger gearbeitet.<sup>9</sup> In der Vergangenheit wurden diese Überstunden normalerweise sofort vergütet; im folgenden Zeitraum war dann wieder die normale Wochenarbeitszeit maßgebend.

Seit Mitte der 1980er Jahre hat man in der Praxis »flexible« Arbeitszeitmodelle entwickelt. Wer mehr als vertraglich vorgesehen arbeitet, baut dadurch ein »Zeitkonto« auf, das er bei späterer Gelegenheit wieder abbauen kann. Die Mehrarbeit führt grundsätzlich nicht zu einer Erhöhung der Vergütung, sondern nur dazu, dass man zu einem späteren Zeitpunkt weniger arbeiten muss, ohne deshalb eine geringere Vergütung zu erhalten. In vielen Fällen wird allerdings für die Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit ein Zuschlag von 20 oder 25% bezahlt, der den besonderen Einsatz ausgleichen soll, doch ist dies keineswegs immer der Fall.

<sup>7</sup> BAG AP Nr. 7 zu § 9 AÜG = RdA 2007, 176 mit Anmerkung Bayreuther.

<sup>8</sup> Eingefügt durch Art. 16 des Gesetzes vom 2.3.2009, BGBl I S. 432.

<sup>9</sup> Bauer-Munz, Arbeitszeiten in Deutschland: 40plus und hochflexibel, WSI-Mitteilungen 2005/43: Die tatsächliche Wochenarbeitszeit betrug im Westen der Bundesrepublik im Durchschnitt 41,9 Stunden, im Osten 43 Stunden (bezogen auf das Jahr 2003).

Die »Zeitkonten« haben große praktische Bedeutung, obwohl sie im gesetzlichen Arbeitsrecht nicht erwähnt sind. Ihre Bildung beruht meist auf kollektivvertraglichen Abmachungen, doch gibt es in manchen Betrieben auch entsprechende arbeitsvertragliche Klauseln. Der Umfang der Guthaben kann beträchtlich sein.

Nehmen wir an, im Betrieb betrage die Regelarbeitszeit (wie sie meist in einem Tarifvertrag festgeschrieben ist) 38 Stunden in der Woche. Arbeitnehmer A arbeitet regelmäßig 45 Stunden, was ihm jede Woche ein Zeitguthaben von sieben Stunden bringt. Nach 26 Wochen, d.h. nach einem halben Jahr, hat er ein Guthaben von 182 Stunden. Dieses entspricht der Regelarbeitszeit von 4,79 Wochen. Er kann also vier Wochen und vier Tage zu Hause bleiben, wenn er sein Guthaben wieder auf null reduzieren will.

Über dieses so genannte Flexiguthaben kann der Einzelne meist selbst verfügen und sich auf diese Weise eine Art zusätzlichen Urlaub sichern. Möglich ist auch, dass die Regelung von vornherein den Sinn hat, bei geringerem Arbeitsanfall ein Guthaben abbauen zu können. Ob ein solcher Fall vorliegt, wird meist gemeinsam von Arbeitgeber und Betriebsrat bestimmt. So ist beispielsweise in jüngster Zeit bei der Firma Daimler verfahren worden, wo die Zeitguthaben für längere »Weihnachtsferien« zwischen 15. Dezember und 15. Januar verwendet wurden.

In der Praxis haben sich daneben so genannte Langzeitguthaben herausgebildet. Durch längeres Arbeiten wird ein Guthaben erreicht, das der Normalarbeitszeit für ein halbes Jahr, für ein Jahr oder für zwei Jahre entspricht. Dieses muss für bestimmte Zwecke verwendet werden. So wird z.B. festgelegt, dass der Betroffene bei voller Fortzahlung der Vergütung ein Jahr vor dem gesetzlichen Rentenalter mit der Arbeit aufhören kann. Möglich ist auch, das Guthaben für die so genannte Elternzeit zu verwenden. Diese besteht aus einem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit für bis zu drei Jahren nach der Geburt eines Kindes. Während man im ersten Jahr durch das staatliche Elterngeld wirtschaftlich abgesichert ist, erhält man im zweiten und dritten Jahr keine derartige Leistung: Hier kann es sich anbieten, z.B. halbtags wieder zu arbeiten und außerdem das Langzeitguthaben zu verbrauchen, um so mehr als nur den halben Lohn zu bekommen. Diese Langzeitkonten sind seit 1.1.2009 in besonderem Maße, und zwar auch

dann geschützt, wenn der Arbeitgeber in die Insolvenz gerät. Die entsprechenden Vorschriften finden sich in den §§ 7bff. Sozialgesetzbuch Teil IV (SGB IV).<sup>10</sup> Solche Konten werden in aller Regel auch bei einem Rückgang der Beschäftigungsmöglichkeiten nicht vorzeitig in Anspruch genommen; jedenfalls kann der Arbeitnehmer dazu nicht gezwungen werden.

#### 4. Urlaub

In einer Reihe von Fällen wurde in jüngster Zeit auch ein Teil des Erholungsurlaubs verwendet, um die Zeit eines Arbeitsmangels zu überbrücken und weitergehende Konsequenzen wie Kurzarbeit und Kündigung zu vermeiden. In aller Regel greift man nur auf einen Teil der üblicherweise gewährten sechs Wochen zurück: Der Einzelne will auch während der Ferienmonate noch Freizeit zur Verfügung haben. Außerdem würde es die Liquidität des Unternehmens zu stark belasten, in einer sowieso schon schwierigen Phase sechs Wochen Entgelt zu bezahlen, ohne dafür auch nur eine Arbeitsstunde als Gegenleistung zu bekommen. Soweit der Zeitpunkt des Urlaubs bereits festgelegt ist, wird es dem Einzelnen in aller Regel nicht zugemutet, daran etwas zu ändern und so seine Ferienplanung umzudisponieren.

#### 5. Kurzarbeit

Das wichtigste Mittel zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit ist die Kurzarbeit. Sie kann vom Arbeitgeber nur angeordnet werden, wenn bestimmte arbeitsrechtliche Voraussetzungen erfüllt sind. Außerdem müssen die Bedingungen für die Bezahlung von Kurzarbeitergeld gegeben sein, die in den §§ 169ff. sowie in dem neuen § 421t SGB III festgelegt sind.

<sup>10</sup> Eingefügt durch Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze vom 21. Dezember 2008, BGBl I S. 2940. Dazu Wellisch-Lenz, Wertkonten und andere Arbeitszeitkonten, DB 2008, 2762ff.; Langohr-Plato/Sopora, Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für Zeitwertkonten, NZA 2008, 1377ff.

#### Arbeitsrechtliche Voraussetzungen

##### a) Ermächtigung des Arbeitgebers

Kurzarbeit bedeutet, dass der Einzelne nicht mehr die vereinbarten 36 oder 39 Stunden pro Woche, sondern nur noch 25, 15 oder gar null Stunden arbeitet. Dies stellt eine gravierende Veränderung seines Arbeitsverhältnisses dar. Der Arbeitgeber kann etwas Derartiges nicht einseitig anordnen, sondern bedarf dafür einer Ermächtigung im Arbeitsvertrag. Manchmal enthält dieser in der Tat eine »Kurzarbeitsklausel«, wonach der Arbeitgeber bei Arbeitsmangel eine verkürzte Arbeitszeit anordnen kann. Meist sagt der Arbeitsvertrag zu dieser Thematik aber nichts. Vielmehr finden sich entsprechende Bestimmungen in Tarifverträgen, auf die der Arbeitsvertrag normalerweise verweist. Dabei wird immer vorausgesetzt, dass die Kurzarbeit nur bei vorübergehendem Arbeitsmangel angeordnet werden darf. Eine generelle Ermächtigung an den Arbeitgeber, »nach Bedarf« die Arbeitszeit zu verkürzen, wäre wegen Umgehung des Kündigungsschutzes nach § 2 KSchG unwirksam. Fehlt es an einer arbeitsvertraglichen oder tariflichen Ermächtigung, kann die Kurzarbeit dadurch erreicht werden, dass sich die betroffenen Arbeitnehmer mit ihr einverstanden erklären. Dies kann auch dadurch geschehen, dass sie die Verkürzung ihrer Arbeitszeit ohne Protest hinnehmen und entsprechend weiterarbeiten.

##### b) Mitbestimmung des Betriebsrats

Das geltende Recht verlangt daneben als zweite Voraussetzung, dass der Betriebsrat der Einführung von Kurzarbeit zustimmt.<sup>11</sup> Nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat er insoweit ein Mitbestimmungsrecht. Dieses erstreckt sich auf Umfang, Dauer und Verteilung der Kurzarbeit. In der Praxis werden auftauchende Probleme meist einvernehmlich bewältigt, doch können eine Reihe von Regelungsfragen kontrovers werden.

<sup>11</sup> Dies gilt nicht, wenn es im Betrieb gar keinen Betriebsrat gibt. Zur Praxis, wonach nur jeder zweite Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat vertreten wird, s. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. Reinbek 2006, Rn 762a.

Aus einzelnen Betrieben wird berichtet, dass multinationale Konzerne bewusst die Arbeit dort »verknappen«, wo es ein staatliches Kurzarbeitergeld gibt, während in Ländern mit weniger sozialen Rahmenbedingungen wie den USA in vollem Umfang weitergearbeitet wird. Insoweit fehlt es jedenfalls teilweise an einem »betrieblichen« Interesse zugunsten der Kurzarbeit. Dies hätte die Einigungsstelle im Rahmen einer Ermessenentscheidung als wichtiges Kriterium zu berücksichtigen.

Die Dauer der Kurzarbeit ist mit der Bundesagentur abzusprechen; nur soweit diese Kurzarbeitergeld bezahlt, kann arbeitsrechtlich eine kürzere Arbeitszeit in Betracht kommen.

Bei der Verteilung auf die Beschäftigten ist der Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen des Möglichen zu beachten. So darf etwa der Arbeitsmangel nicht nur einer Abteilung »angelastet« werden, wenn eine andere genau dieselben Funktionen erfüllt. Im Einzelfall kann es Streitpunkte geben. Wird etwa für den Außendienst Kurzarbeit vorgesehen, rufen aber einige wichtige Kunden an, der Mitarbeiter X sei für sie von ganz großer Bedeutung, wenn er nicht mehr komme, würden sie sich nach neuen Geschäftspartnern umsehen, so wird man wohl davon ausgehen müssen, dass in Bezug auf diese konkrete Person kein Arbeitsmangel vorliegt.

Würde sich der Arbeitgeber über das Mitbestimmungsrecht hinwegsetzen und einseitig handeln, wäre die Anordnung der Kurzarbeit unwirksam: Die normale Wochenarbeitszeit würde weiter gelten. Der Arbeitgeber müsste auf dieser Grundlage das Entgelt fortbezahlen, da er das so genannte Betriebsrisiko trägt, also zur Entgeltzahlung auch dann verpflichtet bleibt, wenn er die Arbeitnehmer gar nicht beschäftigen kann.

#### Die Bedingungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld

Die Kurzarbeit wird in der Praxis nur angeordnet, wenn die Voraussetzungen für die Bezahlung des Kurzarbeitergelds erfüllt sind. Dabei kommt es insbesondere auf die folgenden Umstände an:

- Der Arbeitsausfall muss eine gewisse Größenordnung erreichen. Nach § 170 Abs. 1 Nr. 4 SGB III muss er mindestens ein Drittel der Belegschaft des Betriebes oder einer Betriebsabteilung betreffen. Außerdem muss die Verminderung der Arbeitszeit zu einer Entgeltreduzierung von mehr als 10% führen. In-

zwischen hat der Gesetzgeber durch § 421t Abs. 1 Nr. 1 SGB III bis zum 31.12.2010 auf die erste Voraussetzung verzichtet, sodass es bereits genügt, wenn ein Beschäftigter kürzer arbeitet und deshalb mehr als 10% weniger verdient. Auch kleine Betriebe und Unternehmen sind – was § 171 SGB III verdeutlicht – erfasst. Wird von drei Beschäftigten eines Handwerksbetriebs einer nur noch 30 statt 38 Stunden beschäftigt, wären insoweit die Voraussetzungen für die Bezahlung von Kurzarbeitergeld erfüllt.

- Der Arbeitsausfall muss auf der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung oder auf »höherer Gewalt« wie einer vom Staat verfügten Betriebsschließung beruhen. Bloße interne Schwierigkeiten eines Unternehmens genügen nicht.
- Der Arbeitsausfall muss »vorübergehend« sein. Dies setzt die Prognose voraus, dass die Situation nach Ablauf der Kurzarbeitsperiode wieder besser sein wird. Darüber wird man unter Umständen unterschiedlicher Auffassung sein, wobei die Arbeitnehmerseite in der Regel von der ihr günstigeren Variante, d.h. vom vorübergehenden Charakter des Arbeitsmangels, ausgeht. In der Praxis kann der Betriebsrat die Initiative ergreifen und von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch machen:<sup>12</sup> Ist er sich mit dem Arbeitgeber nicht einig, ruft er die so genannte Einigungsstelle an, die eine gleiche Anzahl von Mitgliedern beider Seiten und einen von außen kommenden neutralen Vorsitzenden besitzt. Sie entscheidet notfalls mit Mehrheit, ob wirklich ein vorübergehender oder ob ein dauernder Arbeitsmangel vorliegt. Die Bundesagentur für Arbeit würde eine solche Entscheidung vermutlich akzeptieren, doch wäre dringend zu empfehlen, vorher ihre Stellungnahme einzuholen. In der Gegenwart besteht (noch) weitgehende Übereinstimmung, dass die aktuellen Schwierigkeiten vorübergehenden Charakter haben.
- Der Arbeitsausfall muss unvermeidbar sein. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn es sich um einen Saisonbetrieb handelt, bei dem der Arbeitsanfall regelmäßig schwankt. Die Unvermeid-

<sup>12</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; Nachweise aus der Literatur bei Klebe, in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), BetrVG, 11. Aufl., Frankfurt/M. 2008, § 87 Rn 89.

barkeit fehlt weiter dann, wenn man den Beschäftigungsmangel auf andere Weise auffangen könnte. Hier kommen die oben unter II bis IV angesprochenen Maßnahmen ins Spiel. Der Abbau der Leiharbeit hat grundsätzlich den Vorrang; unterbleibt er, wird kein Kurzarbeitergeld bewilligt. Allerdings wird dies nicht mehr so streng wie in der Vergangenheit gehandhabt. Weiter müssen die Flexizeitguthaben grundsätzlich aufgelöst werden, während die Langzeitkonten erhalten bleiben (§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III). Auch schließt § 421t Abs. 2 Nr. 2 SGB III bis 31.12.2010 negative Arbeitszeitsalden aus, sodass von niemandem verlangt werden kann, »ins Minus« zu gehen. Der Jahresurlaub ist zu verbrauchen, »soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen«, was insbesondere bei einer terminlichen Festlegung der Fall sein wird.

Sind diese Bedingungen erfüllt, wird das Kurzarbeitergeld von der Bundesagentur für Arbeit für den Zeitraum des voraussichtlichen Arbeitsmangels gewährt. Die Höchstgrenze betrug bis 31.12.2008 zwölf Monate, während sie nunmehr auf 24 Monate ausgedehnt wurde.<sup>13</sup> Wird nach Ablauf der Kurzarbeitsfrist drei Monate lang wieder voll gearbeitet, so kann nach § 177 Abs. 3 SGB III eine erneute Kurzarbeitsperiode beginnen, sofern die Bundesagentur für Arbeit weiter davon ausgeht, dass es sich um einen vorübergehenden Arbeitsmangel handelt. Bemerkenswert ist, dass der bezahlte Jahresurlaub wie »Arbeit« behandelt wird. In einzelnen Fällen ist es daher gelungen, den Urlaubszeitraum von sechs Wochen für zwei Jahre zusammenzufassen und so die Voraussetzung »drei Monate volle Arbeit« fast vollständig zu erfüllen.

#### **Stellung der Arbeitnehmer während der Kurzarbeit**

Das Kurzarbeitergeld bemisst sich nach der ausfallenden Arbeitszeit; das dadurch entgangene Entgelt ist maßgebend für die Berechnung des Kurzarbeitergeldes. Dabei wird nach einem kom-

<sup>13</sup> Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld vom 26. November 2008, BGBl. I S. 2332 in der Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld vom 29. Mai 2009, BGBl. I, S. 1223.

plizierten Verfahren das (standardisierte) Nettoentgelt zugrunde gelegt, das der in Kurzarbeit Befindliche in der ausgefallenen Arbeitszeit erhalten hätte. Von diesem bekommt er 60%; hat er mindestens ein Kind zu versorgen, erhöht sich der Satz auf 67%. Das Kurzarbeitergeld ist seinerseits von der Besteuerung ausgenommen.

Arbeitnehmer X verdient im Monat € 2.500,- brutto, was je nach Familienstand zu einem Einkommen von z. B. € 1800,- netto führt. Wird die Arbeitszeit auf die Hälfte herabgesetzt, erhält er nur noch € 1.250,- als Arbeitslohn; zieht man Steuern und Sozialversicherungsbeiträge ab, bleiben ca. € 900,-. Die andere Hälfte wird in einen Nettobetrag von € 900,- umgerechnet. Davon erhält er 60%, d.h. € 540. Dies ergibt insgesamt € 1440 (statt € 1800). Häufig sehen Tarifverträge Aufstockungsbeträge bis auf 90% vor. In einem solchen Fall hält sich die Einbuße in Grenzen.

Wird der Arbeitnehmer während der Kurzarbeitsperiode krank, erhält er nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz für die Dauer von sechs Wochen sein (verringertes) Entgelt weiter; außerdem bekommt er auch in diesem Fall Kurzarbeitergeld (§ 172 Abs. 1a SGB III). Ist die Sechs-Wochen-Frist überschritten, wird ihm ausschließlich Krankengeld von der gesetzlichen Krankenversicherung gewährt. Nimmt der Arbeitnehmer Urlaub, muss der Arbeitgeber nach § 11 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) das volle Entgelt fortbezahlen, das dem Arbeitnehmer ohne Kurzarbeit während des Urlaubs zugestanden hätte. Fällt ein Feiertag in die Kurzarbeitsperiode, tritt der Arbeitsausfall gleichfalls nicht »wegen des Arbeitsmangels« ein. Der Arbeitgeber muss die im Gesetz vorgesehene Vergütung fortbezahlen, allerdings nur in der Höhe, die sich aus der Summe von verringertem Arbeitsentgelt und Kurzarbeitergeld ergibt.<sup>14</sup>

Für die ausfallende Arbeitszeit musste der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge allein, also auch die Teile bezahlen, die sonst der Arbeitnehmer zu tragen hat. Durch § 421t Abs. 1 Nr. 1

<sup>14</sup> BAG DB 1979, 2327, bestätigt durch BAG DB 1984, 2254. Grundgedanke ist, dass der Arbeitnehmer so gestellt sein soll, als wenn er gearbeitet hätte; da eine Sondervorschrift wie § 11 BUrlG fehlt, hätte er dann nur Restentgelt und Kurzarbeitergeld bekommen.

SGB III, der durch das Konjunkturpaket II eingefügt wurde, erfuhr diese Regelung bis 31.12.2010 eine tiefgreifende Änderung. Nuncmehr wird der Arbeitgeber nur noch mit 50% der Sozialabgaben belastet. Nehmen in Kurzarbeit befindliche Arbeitnehmer an von ihm organisierten Weiterbildungsmaßnahmen teil, ist er nach § 421t Abs.1 Nr. 2 SGB III mit keinerlei Beiträgen mehr belastet. In § 421t sind auch die näheren Einzelheiten der Weiterbildung geregelt. Diese wird meist durch einen 50%igen Zuschuss des Europäischen Sozialfonds gefördert.

Während der Kurzarbeit kann der Arbeitgeber eine Kündigung nicht mit den Umständen rechtfertigen, auf denen die Kurzarbeit beruht.<sup>15</sup> Ist beispielsweise ein wichtiger Auftrag weggefallen und ist kein neuer Auftrag in Sicht, sind aber die Beteiligten gleichwohl von einem »vorübergehenden« Arbeitsmangel ausgegangen, kann der Arbeitgeber später nicht mehr den Standpunkt vertreten, es liege eben doch ein dauernder Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit und damit ein Kündigungsgrund vor. Anderes gilt nur, wenn neue Umstände eintreten, wenn beispielsweise noch ein weiterer Auftrag verloren geht, für den keinerlei Ersatz zu erwarten ist.<sup>16</sup>

## 6. Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich

Eine Alternative zur Kurzarbeit stellt die Reduzierung der regelmäßigen Arbeitszeit bei gleichzeitiger Absenkung der Vergütung dar. Statt 38 Stunden wird bis auf weiteres nur noch 30 Stunden pro Woche gearbeitet. Rechtsgrundlage sind typischerweise Tarifverträge, wie sie insbesondere in der Metallindustrie existieren. Manchmal sehen sie auch vor, dass das Entgelt nur in geringerem Umfang als die Arbeitszeit reduziert, also ein »teilweiser Lohnausgleich« gewährt wird.

Für die Arbeitnehmerseite hat dieser Weg den Vorteil, dass er auch dann gangbar ist, wenn fast alles für einen dauernden und kaum etwas für einen vorübergehenden Wegfall der Beschäfti-

<sup>15</sup> BAG AP Nr. 10 und 86 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>16</sup> Ebenso BAG, a.a.O. Zu weiteren Einzelfragen der Kurzarbeit s. Ulber, Kurzarbeit, AiB 2007, 5ff.

gungsmöglichkeit spricht. Außerdem sehen die Tarifverträge in aller Regel vor, dass eine betriebsbedingte Kündigung generell ausgeschlossen ist, wenn die Verkürzung – wie häufig in der Praxis – auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt ist. Die Kündigung wäre also auch nicht aufgrund von Umständen möglich, die erst später auftreten; insoweit liegt eine Verbesserung gegenüber der Kurzarbeit vor.

Auf der anderen Seite erhält der Arbeitnehmer für die ausfallende Arbeitszeit keinerlei Leistung; das Kurzarbeitergeld geht ihm verloren. Ein derartiges Modell ist daher von vorne herein nur einsetzbar, wenn in Höhe von mindestens 28 bis 30 Stunden weitergearbeitet wird und wenn ein relativ großes finanzielles Polster besteht, sodass trotz Absenkung immer noch eine auskömmliche Vergütung übrig bleibt. Der Arbeitgeber spart außerdem die Sozialversicherungsbeiträge für die ausfallenden Stunden und die entsprechende Urlaubsvergütung: Insoweit ist von der neuen »Normalarbeitszeit« von (z.B.) 30 Stunden auszugehen. Geht der Arbeitnehmer später in Kurzarbeit, bemessen sich die Leistungen der Bundesagentur für Arbeit allerdings nach dem ursprünglichen Entgelt auf der Grundlage einer nicht verkürzten Arbeitszeit; dies ordnet § 421t Abs. 2 Nr. 3 SGB für den Zeitraum bis 31.12.2010 ausdrücklich an.

Ist ausnahmsweise im Tarifvertrag die Kündigung nicht ausgeschlossen, so stellt sich das Problem, ob der Arbeitgeber nach allgemeinen Grundsätzen die tarifliche Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich nutzen muss, bevor er wegen Beschäftigungsmangels betriebsbedingte Kündigungen ausspricht. An sich spricht der Gedanke, dass die Kündigung immer nur letztes Mittel sein kann, entscheidend dafür, zunächst diesen Weg zu gehen,<sup>17</sup> doch gibt es dazu bisher keine Rechtsprechung. Geklärt ist lediglich, dass der Arbeitgeber dann, wenn kein Tarifvertrag mit entsprechender Klausel besteht, nicht verpflichtet ist, das verbleibende Arbeitsvolumen auf alle Beschäftigten gleichmäßig zu verteilen

<sup>17</sup> Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn 1088; ähnlich Kittner-Deinert, in: Kittner-Däubler-Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2008, § 1 KSchG Rn 289.

und dies mit Hilfe von Änderungskündigungen zu erzwingen.<sup>18</sup> Hier müsste er das Risiko eingehen, dass besonders leistungsfähige Arbeitskräfte die Änderung nicht akzeptieren und zu einem Konkurrenten abwandern würden. Dies wird ihm verständlicherweise nicht zugemutet.

## 7. Perspektiven für die Betroffenen

Die hier skizzierten Mittel können Beschäftigungsprobleme nicht auf Dauer lösen. Sie mildern lediglich die Auswirkungen und können bei schweren Beschäftigungskrisen den Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit hinausschieben. Dies ist schon deshalb nicht unwichtig, weil der Bezug von Arbeitslosengeld nach § 127 SGB III auf eine bestimmte Zeitdauer begrenzt ist. Die fragliche Frist beginnt erst nach dem Ende der Kurzarbeitsperiode. Geht es definitiv nur um einen vorübergehenden Beschäftigungseinbruch, hat insbesondere die Kurzarbeit entscheidende Vorteile für beide Seiten: Die Arbeitnehmer behalten ihren Arbeitsplatz, der Arbeitgeber kann auch in Zukunft auf eine erfahrene, mit den Arbeitsabläufen vertraute Belegschaft zurückgreifen. Dies sollte man nicht gering schätzen. Bemerkenswert ist, dass die Kurzarbeit bereits im Jahre 1924 eingeführt wurde, während die Arbeitslosenversicherung erst 1927 eine gesetzliche Grundlage erhielt.<sup>19</sup>

Lassen sich Entlassungen im Ergebnis nicht vermeiden, muss gemäß § 1 Abs. 3 KSchG unter vergleichbaren Beschäftigten nach sozialen Gesichtspunkten ausgewählt werden. Dabei ist ausschließlich auf Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und eine etwaige Schwerbehinderung abzustellen. Eine Ausnahme gilt für »ausgesprochene Leistungsträger«, die für den Betrieb von ganz wesentlicher Bedeutung sind; sie können auch dann weiterbeschäftigt werden, wenn sie sozial weniger schutzbedürftig sind. In der Praxis ist dies von eher geringer Bedeutung, da ein deutlicher leistungsmäßiger Abstand zu vergleichbaren anderen Arbeitnehmern häufig nicht zu belegen ist.

<sup>18</sup> Nachweise bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1089.

<sup>19</sup> Cohnen-Rüger, Kurzarbeit als Antwort, BB 2009, 46.

Wichtiger ist die zweite Ausnahme, die Wahrung einer ausgewogenen Personalstruktur: Sie ermöglicht die Bildung von Altersgruppen, innerhalb derer dann nach sozialen Gesichtspunkten entschieden wird, was den Schutz Älterer partiell zurücknimmt, aber vom BAG nicht als unzulässige Benachteiligung wegen Alters angesehen wurde.<sup>20</sup>

Anders als in vielen anderen Rechtsordnungen haben die Betroffenen keinen Anspruch auf Abfindung. Dieser entsteht nur, wenn der Betriebsrat einen entsprechenden Sozialplan aushandelt, über dessen Inhalt notfalls die Einigungsstelle entscheidet.<sup>21</sup> Auch geschieht es häufig, dass im gerichtlichen Kündigungsschutzverfahren ein Vergleich des Inhalts geschlossen wird, dass der Arbeitnehmer die Kündigung akzeptiert, ihm dafür jedoch eine Abfindung bezahlt wird. Insgesamt kommen aber nur 15% aller Gekündigten in den Genuss einer Abfindung.<sup>22</sup>

Wer arbeitslos wird, erhält Arbeitslosengeld für einen Zeitraum zwischen sechs Monaten und zwei Jahren.<sup>23</sup> Es beträgt 60% des bisherigen Nettoentgelts; ist ein Kind zu versorgen, werden 67% bezahlt. Während dieser Zeit muss sich der Arbeitslose intensiv um eine neue Stelle bemühen. Lehnt er ein zumutbares Angebot ab, kann ihm für bis zu zwölf Wochen das Arbeitslosengeld entzogen werden (so genannte Sperrfrist). Außerdem werden Weiterqualifizierungsmaßnahmen angeboten, von denen er häufig ebenfalls Gebrauch machen muss, will er eine Sperrfrist vermeiden. Ein Wiedereinstellungsanspruch besteht nicht, auch wenn sich der frühere Arbeitgeber wieder in wirtschaftlich besserer Situation befindet.<sup>24</sup>

In manchen Fällen lässt sich der Eintritt der Arbeitslosigkeit hinausschieben, wenn es dem Betriebsrat gelingt, einen so genann-

<sup>20</sup> So zuletzt BAG DB 2009, 626.

<sup>21</sup> Zu dieser s. oben im Abschnitt über die Bedingungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld.

<sup>22</sup> Bielenski u.a. AuR 2003, 81, 88.

<sup>23</sup> Einzelheiten in § 127 SGB III.

<sup>24</sup> Nach der Rechtsprechung gibt es diesen Anspruch nur dann, wenn die Voraussetzungen der Kündigung während der Kündigungsfrist wegfallen: BAG AP Nr. 2 und 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

ten Transfersozialplan abzuschließen.<sup>25</sup> Dieser sieht in aller Regel Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen vor. Für die Dauer eines Jahres können die betroffenen Arbeitnehmer Transferkurzarbeitergeld nach § 216b SGB III erhalten. Die Bildungsmaßnahmen werden vom Arbeitgeber, aber auch von der Bundesagentur für Arbeit und durch Mittel von EG-Fonds finanziert. Von Bedeutung wird in Zukunft insbesondere der Europäische Globalisierungsfonds sein.<sup>26</sup>

Wird kein Arbeitslosengeld mehr bezahlt, weil die dafür vorgesehene Frist abgelaufen ist, kommt lediglich noch eine Unterstützung in Betracht, die »Arbeitslosengeld II« heißt und in der Umgangssprache »Hartz IV« genannt wird. Sie genügt zum physischen Überleben, bringt aber insbesondere Familien mit Kindern in erhebliche Schwierigkeiten, da sie beim Einkaufen von Lebensmitteln und Kleidung immer die billigste Variante wählen müssen und nur noch sehr eingeschränkt am sozialen Leben teilnehmen, beispielsweise in Kinos oder in Sportstätten gehen können. Außerdem erhält der Betroffene »Hartz IV« nur, wenn er zuvor den größten Teil seiner Ersparnisse aufgebraucht hat. Das Auslaufen des eigentlichen Arbeitslosengelds führt daher zu einem sozialen Absturz, vor dem sich zu Recht viele fürchten. Eine Gruppe von Mitbürgern nach vielen Jahren Arbeit zu einem Leben in Armut zu zwingen, wird als grobe Ungerechtigkeit angesehen. Obwohl dies die große Mehrheit der Bevölkerung so sieht, gibt es nur eine politische Partei, die an diesem Zustand etwas ändern will.

## 8. Politische Konsequenzen

### Ursachen für den Status quo

Die Finanz- und Wirtschaftskrise hat ihre benennbaren Ursachen. Fehlspekulationen von Banken auf der Grundlage eines unangemessen guten Ratings von US-Grundpfandbriefen waren nur eine besonders deutliche Erscheinungsform eines Verhaltens, das al-

<sup>25</sup> Einzelheiten bei Däubler, in: Däubler-Klebe-Kittner, a.a.O., §§ 112, 112a Rn 155-196.

<sup>26</sup> Dazu Däubler, Der Betriebsrat Heft 2/2009 S. 16ff.

lein an kurzfristigem Profit orientiert war. Entscheidende Voraussetzung hierfür war die über 15 bis 20 Jahre hinweg betriebene Deregulierung, die auch im Wirtschaftsrecht ihre Wirkung entfaltete. Der (schon beinahe fundamentalistische) Glaube an die Selbstheilungskräfte des Marktes führte dazu, dass sich der Staat aus der Aufsicht über die Märkte weitgehend zurückzog.

Die Globalisierung der Wirtschaft erleichterte es zusätzlich, dass Unternehmen ihre Aktivitäten dorthin verlagerten, wo mit den wenigsten staatlichen Vorgaben und Eingriffen zu rechnen war. Für Finanzdienstleister war Großbritannien insoweit eine gute Adresse. Im Extremfall wich man in so genannte Steueroasen aus, die wie die Kanalinseln Jersey und Guernsey sowie die Cayman Islands in der Karibik allenfalls symbolische Abgaben erheben und die ein hohes Maß an Geheimhaltung praktizieren. Die »Staatengemeinschaft« war bislang trotz aller Finanzprobleme der öffentlichen Hand nicht in der Lage, durch Druck auf diese Kleinstaaten die Milliardenverluste zu vermeiden, die das Ausweichen von Unternehmen und Privatleuten in die »Paradiese« für sie zur Folge hatte.

Möglich ist es beispielsweise, auf den Kanalinseln einen »Trust« zu gründen, dem man Vermögen überträgt und dessen Verhalten man unschwer steuern kann. Die Satzung lässt sich so gestalten, dass das »Verfügungs- und Nutzungsrecht« nach dem eigenen Tod auf die nächste Generation übergeht. Erbschaftssteuer fällt nicht an, da das Vermögen ja der juristischen Person »Trust« zusteht, die als solche »unsterblich« ist. Dies ist freilich nur eine der harmlosesten Formen der »Steuerersparnis«, gewissermaßen Finanzkapitalismus für Anfänger...

Die Deregulierung ermöglichte eine Unternehmensführung nach dem Shareholder-value-Konzept; allein die Steigerung des Börsenkurses und die Ausschüttung von Dividenden sollten Maßstab für den Unternehmenserfolg sein. Dies führt notwendigerweise dazu, allein auf den kurzfristigen Erfolg zu achten und eine nachhaltige Sicherung und Entwicklung des Unternehmens an die zweite Stelle zu rücken. Verstärkt wird eine solche Ausrichtung dadurch, dass die Vorstandsmitglieder und andere Unternehmensleiter am »Erfolg« durch Boni beteiligt sind, deren Höhe es ihnen erlaubt, das Unternehmen nach wenigen Jahren als reicher Mann zu ver-

lassen, bevor sich die mittel- bis langfristigen Folgen der eigenen Unternehmenspolitik zeigen.

Bei der Beratung eines Betriebsrats war der Verfasser mit der Situation konfrontiert, dass die amerikanische Konzernleitung eine »Gewinnvorgabe« von 15% für alle Niederlassungen und Betriebe gemacht hatte. Ein von ca. 400 Beschäftigten hergestelltes Produkt erbrachte aber aufgrund der Marktverhältnisse nur einen Profit von 10% im Jahr. Weil man zur Pflege des Börsenkurses überall die 15% erreichen wollte, wurde der Betrieb an einen schwedischen Konkurrenten verkauft. Dieser baute seine heimische Produktion aus und schloss den Betrieb. 400 Beschäftigte verloren ihren Arbeitsplatz, obwohl sie jährlich 10% Gewinn erwirtschafteten. Dies ist eine der sichtbarsten Irrationalitäten dieses Systems, doch gibt es viele andere: Wenn ein Finanzinvestor ein Unternehmen mit Fremdmitteln aufkauft und dieses dann die Schulden aus den Krediten abzahlen lässt, kann noch viel mehr kaputt gemacht werden.

### Die Suche nach Alternativen

Heute sehen sich solche Erscheinungen wachsender Kritik ausgesetzt. Das Stichwort von den »Heuschrecken«, von einem alles andere als radikalen Politiker geprägt, ist in die Alltagssprache übergegangen. Die Bankenkrise hat dazu geführt, dass der Glaube »Der Markt wird's schon richten« nur noch von wenigen Unbelehrbaren geteilt wird. Diese neue Rahmenbedingung schafft bessere Durchsetzungsmöglichkeiten für Arbeitnehmerinteressen: Das allgegenwärtige Argument, Arbeitsrecht stelle einen die Produktivität behindernden »marktfremden« Eingriff dar, ist praktisch verschwunden. Auf der ideologischen Ebene muss man nicht mehr befürchten, als »Betonkopf« abqualifiziert zu werden, wenn man den Kündigungsschutz verteidigt. Auch die meisten Großunternehmen wollen Kündigungen vermeiden und sich vorerst mit Kurzarbeit begnügen. Über weitergehende Veränderungen zugunsten der Arbeitnehmer könnte diskutiert werden.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Vorschläge für einen besseren Kündigungsschutz bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn 1272ff.

Nun sollte man auch als betrieblicher oder gewerkschaftlicher Interessenvertreter nicht allein den arbeitsrechtlichen Rahmen und seine Verbesserung sehen. Die Dinge sind viel grundsätzlicherer Natur. Wodurch könnte der Shareholder-value-Kapitalismus abgelöst werden? Ich will insoweit nur drei Grundsätze vortragen; ein fertiges Konzept präsentieren zu wollen, würde die Möglichkeiten eines Einzelnen übersteigen.

(1) Man sollte sich der Mühe unterziehen, nach praktischen Beispielen für eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu suchen. Dies kann die Diskussion versachlichen und der intellektuellen Spekulation (die nicht viel besser ist als die an der Börse praktizierte) einen Riegel verschieben. Es gibt ersichtlich Länder, die von der Krise sehr viel weniger betroffen sind als Deutschland, Großbritannien, die USA und Japan. Zu denken ist dabei etwa an die skandinavischen Staaten, die ihr sozialstaatliches Niveau durch alle Krisen hindurch bewahrt haben,<sup>28</sup> aber auch an die Volksrepublik China: Die chinesischen Banken folgten anderen Geschäftsmodellen als die unseren, Unternehmen verfügen normalerweise über eine Eigenkapitaldecke von 70 bis 80%, der Einzelne kann sein Geld lediglich in Aktien spekulativ anlegen, nicht aber in irgendwelchen Derivaten oder in anderen Finanzprodukten. Die Folge davon ist, dass die Banken nicht von der Krise betroffen sind. Lediglich der Export ist eingebrochen, was zu zahlreichen Arbeitsplatzverlusten geführt hat, die durch umfangreiche Infrastrukturprogramme in den weniger entwickelten Landesteilen kompensiert werden sollen. Allerdings wäre die Empfehlung, sich doch mal chinesische Berater zu holen, für viele noch immer ein Kulturbruch – so schlecht geht's uns dann doch wieder nicht...

Auch in Deutschland lassen sich allerdings positive Beispiele finden.

In den vielen Negativschlagzeilen, die Landesbanken in den letzten Jahren gemacht haben, fand die Bremer Landesbank keine Erwähnung. Dies hat seinen guten Grund, weil sie sich an einem stetigen, aber relativ moderaten Wachstum orientierte, das auch in der Gegenwart andauert. Spekulationen mit Subprime-Papieren gab es nicht; man ließ sich nicht von den guten Margen blen-

<sup>28</sup> Die Ausnahme Island soll hier unberücksichtigt bleiben.

den, sind sie doch allen Ratings zum Trotz mit einem höheren Risiko verbunden. Hierfür waren in erster Linie zwei Rahmenbedingungen maßgebend. Als Tochtergesellschaft der Norddeutschen Landesbank verfügt sie zwar kraft Staatsvertrags zwischen Bremen und Niedersachsen über ein hohes Maß an Autonomie, könnte sich einen »Schlingerkurs« aber nicht leisten: Die Mehrheitsgesellschafterin wäre vermutlich zu einer Unterstützung nur bereit, wenn sie gleichzeitig das Ruder selbst in die Hand nehmen könnte. Schon dies zwingt dazu, keine hohen oder nicht voll überschaubaren Risiken einzugehen. Dazu kommt ein zweites. Die Bank fällt unter das Bremische Personalvertretungsgesetz, wonach jede Kündigung dem Mitbestimmungsrecht des Personalrats unterliegt. Würde dieser zu einer beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung »nein« sagen, müsste in einem langwierigen Verfahren erst eine Einigungsstelle entscheiden, ehe eine Kündigung ausgesprochen werden könnte, die dann vom Arbeitsgericht zu überprüfen wäre. Dies hat dazu geführt, dass die Unternehmensleitung von vorne herein das personalpolitische Mittel der betriebsbedingten Kündigung aus ihren Überlegungen verbannte. Dies lässt sich ersichtlich nur durchhalten, wenn man durch umsichtiges Vorgehen geschäftliche Einbrüche verhindert. Arbeitsrecht kann so (mit-)verhindern, dass es zur Eingehung von unangemessenen Risiken kommt.

(2) Zum Zweiten braucht man Normen, die dem Verhalten der Unternehmen auf dem Markt Grenzen ziehen. Bisweilen kann es dabei schon ausreichen, heutige Rechtsgrundsätze ernst zu nehmen. So ist der Vorstand einer AG schon nach geltendem Recht verpflichtet, das Unternehmen im Interesse der Aktionäre, der Arbeitnehmer und des Gemeinwohls zu führen. Dies könnte man ausbauen und konkretisieren. Der »Corporate Governance«-Kodex müsste inhaltlich an diesen Vorgaben ausgerichtet und mit mehr Verbindlichkeit ausgestattet werden.<sup>29</sup> Auch die Aufsicht über Banken und Versicherungen müsste intensiviert werden. Insbesondere bei der Kreditvergabe müsste nicht nur der Kunde »geratet«, sondern darauf abgestellt werden, inwieweit die Mittel für

<sup>29</sup> Überblick über den Diskussionsstand bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn 1372ff.

eine nachhaltige Unternehmensentwicklung verwendet werden und erforderlich sind.

Wer sich an ausländischen Geschäftsimmobilien, an der Förderung von Erdöl, an einem Schiff oder an dem Aufkauf von Lebensversicherungen in Großbritannien oder den USA beteiligen möchte, sieht sich üblicherweise einem Prospekt von ca. 100 DIN A4-Seiten gegenüber. Dieser bedarf heute der vorherigen Genehmigung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin), doch prüft diese nur, ob z.B. auf Risiken hingewiesen wird, nicht aber, ob die Hinweise sachlich korrekt sind. Für den Anleger ist damit kaum etwas gewonnen. Dies muss nicht so bleiben.

(3) Gute Vorschriften bewirken wenig, wenn es keine Instanzen gibt, die ihre Einhaltung kontrollieren. In vielen Branchen – nicht zuletzt im Bankensektor – ist dies in erster Linie eine Frage des Informationsstands und der Qualifikation der Kontrolleure. Staatliche Instanzen können einiges bewirken, doch sollte man hier auch eine wesentliche Aufgabe der Unternehmensmitbestimmung sehen. Die Präsenz von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat kann nur dann etwas bewirken, wenn »intellektuelle Waffengleichheit« mit der Unternehmensleitung besteht. Diese ist nicht schon dadurch gesichert, dass man vor jeder Sitzung einen Leitz-Ordner mit wohl geordneten Unterlagen erhält. Vielmehr müsste man – genau wie das Management – in der Lage sein, sich durch sachkundige Menschen beraten zu lassen, die auf Auslassungen hinweisen und im Prinzip auch zur Entwicklung unternehmerischer Alternativen befähigt sind. Dies zu fordern, ist in der allgemeinen Öffentlichkeit nicht schwer, wohl aber im innergewerkschaftlichen Bereich: Viele Entscheidungsträger sind dort zugleich Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und öffnen sich nur mit größter Mühe der Erkenntnis, aus ihrem Amt nur wenig gemacht und insbesondere keine Alternativen entwickelt zu haben. Das Argument liegt gleichwohl nahe: Alle Großbanken unterliegen dem Mitbestimmungsgesetz 1976, doch ist nicht bekannt, dass die Arbeitnehmerseite auf die exorbitanten Risiken hingewiesen und vor ihnen gewarnt hätte.

Kontrollfunktion kann auch die Öffentlichkeit ausüben. Sicherlich kann man von Presse und Rundfunk keine Wunderdinge erwarten, werden sie doch schwerlich über Dinge berichten, die ihre

eigene Basis untergraben könnten. Allerdings kommt heute das Internet hinzu. Jeder kann dort eigene Erkenntnisse jedem Interessierten zugänglich machen, auch wenn sie den herrschenden Perspektiven völlig zuwider laufen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Schutz von »whistleblowern«, die über grobe Missstände aus dem Unternehmen oder der Verwaltung berichten, wo sie tätig sind. Ihr besonderer Schutz sollte durch Gesetz sichergestellt werden, doch scheint sich die große Koalition nicht mehr zu einer solchen Entscheidung durchringen zu können. Gleichwohl kann man sich in aller Regel auf das Berufsgeheimnis von Journalisten verlassen, das durch ein Zeugnisverweigerungsrecht abgesichert ist.

Die drei hier skizzierten Grundsätze betreffen eine »bessere« Marktwirtschaft. Sollte man nicht darüber hinaus denken? In Leipzig stand im Jahre 1991 auf einer Mauer der Spruch: »Es gibt ein Leben nach der Marktwirtschaft.« In der Tat, diese ist nicht das Ende der Geschichte, es kann andere Formen des Wirtschaftens geben. Darüber nachzudenken, ist noch um einiges schwieriger als über die bisher genannten Probleme. Aber soll man es deshalb unterlassen? Bisweilen sollte man sich an den Zustand erinnern, der vor 1989 bestand: Schon die theoretische Möglichkeit, es könne zu »Fraternisierungen« mit dem konkurrierenden Gesellschaftssystem kommen, die Fahrten zum FDGB könnten überhand nehmen, erhöhte die Kompromissbereitschaft der Arbeitgeber in der Bundesrepublik. Ein Gewerkschaftsvorsitzender, der des Öfteren aus dem »Kapital« von Marx zitiert, und eine Gewerkschaft, die über Genossenschaften und gemeinwirtschaftliche Planung diskutiert, könnten Ähnliches bewirken. Die Krise bietet insoweit auch viele Chancen.

## Ludger Pries Neue Herausforderungen für die betriebliche Interessenregulierung<sup>1</sup>

Beit über einem halben Jahrhundert ist für die Wirtschaft und die Gesellschaft in Deutschland ein rechtlich reguliertes System der Arbeitnehmer-Mitbestimmung in Betrieben und Unternehmen strukturprägend. Es hat seine Wurzeln schon in der Gewerbeordnung aus dem Jahre 1891 und wurde während des Ersten Weltkrieges, in der Weimarer Republik und dann vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg weiterentwickelt. Von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern<sup>2</sup> gewählte Interessenvertretungen auf der Betriebs- und auf der Unternehmensebene sind zu einem festen Bestandteil des wirtschaftlichen und politisch-demokratischen Institutionensystems in Deutschland geworden. Sie existieren auch in einigen anderen europäischen Ländern wie beispielsweise Österreich, den Niederlanden oder Finnland (Carley u.a. 2005). Generell jedoch ist es schwierig, einem Gewerkschafter aus den USA, einem Manager aus Indien oder einem Politiker aus Mexiko dieses System der Mitbestimmung zu erklären; denn seine Logik erschließt sich erst bei Betrachtung anderer gesellschaftlicher Institutionen, wie dem stark am Prinzip der Beruflichkeit orientierten Arbeitsmarkt, der besonderen Kultur einer Konfliktpartnerschaft (Müller-Jentsch 1991), in denen auch die Gewerkschaften eine wesentliche Rolle spielen, und der dualen Unternehmensverfassung in Deutschland, die für größere Unternehmen jeweils einen Vorstand und einen kontrollierenden Aufsichtsrat vorsieht.

<sup>1</sup> Dieser Beitrag ist die um die Unterpunkte »Wissenschaftlicher und arbeitspolitischer Kontext« und »Aufbau und Inhalt der folgenden Darstellung« gekürzte und leicht bearbeitete »Einleitung« des Autors zu dem Band von Axel Hauser-Ditz, Markus Hertwig und Ludger Pries: Betriebliche Interessenregulierung in Deutschland. Arbeitnehmervertretung zwischen demokratischer Teilhabe und ökonomischer Effizienz, Campus Verlag Frankfurt a.M./New York 2008, S. 11-24. Wir danken dem Autor und dem Verlag für die Abdruckgenehmigung.

<sup>2</sup> Nachfolgend wird der Einfachheit wegen nur die männliche Form verwendet, wobei jedoch stets beide Geschlechter gemeint sind.