

# Kündigungsschutz unter Reformdruck

Heide Pfarr  
Karen Ullmann

Die öffentliche Debatte um den krankenden deutschen Arbeitsmarkt, besonders in den Medien, hat im Jahre 2003 den Kündigungsschutz ganz in den Mittelpunkt gestellt. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zeigt seine Reformdynamik durch immer wieder neue Vorstellungen über die Reform des Kündigungsschutzgesetzes. Obwohl im Koalitionsvertrag der rot-grünen Bundesregierung vom Herbst 2002 keine Rede von einer derartigen Reformnotwendigkeit war, hat nun der Bundeskanzler in seiner Regierungserklärung am 14. März 2003 Änderungen im Kündigungsschutz angekündigt. Wie sind diese einzuschätzen? Wie und mit welcher Begründung verhalten sich die Gewerkschaften dazu?

## 1 Sündenbock Kündigungsschutz

Die rechtspolitische Diskussion ist durch folgende Aussagen geprägt: Ein großer Teil der Arbeitslosigkeit sei nicht konjunktur-, sondern strukturbedingt. Der Arbeitsmarkt sei erstarrt.<sup>1</sup> Die Arbeitslosigkeit steige in Zeiten einer schwachen Konjunktur, bei guter Konjunktur gehe sie aber nicht zurück; sinnvolle Einstellungen würden unterbleiben. Schuld daran sei das Arbeitsrecht: es sei überreguliert und undurchschaubar.<sup>2</sup> Vor allem das Kündigungsrecht halte die Unternehmen von Einstellungen ab.<sup>3</sup> Aufträge blieben unerledigt, Angebote würden unterlassen, weil kleine Unternehmen davor zurückscheuten, die dann erforderliche 6. Arbeitskraft einzustellen und damit in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes zu fallen. Der Grund hierfür liege darin, dass arbeitgeberseitige Kündigungen in der Regel<sup>4</sup> zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung führen würden. Diese Prozesse seien langwierig und teuer. Das Arbeitsrecht sei kompliziert, die Entscheidungen der Arbeitsgerichte nicht prognostizierbar.<sup>5</sup> Das Gesetz verlange, dass Gekündigte, die sich an das Arbeitsgericht wendeten, auf Weiterbeschäftigung klagen müssten; in Wahrheit wollten die meisten aber nur eine Abfindung erhalten. Abfindungen würden vor Gericht, aber auch außergerichtlich, fast immer bezahlt, denn Arbeitgeber würden sonst Gefahr laufen, für die Dauer des Prozesses Verzugslohn<sup>6</sup> zahlen zu müssen.<sup>7</sup> Damit hätten Abfindungsvergleiche die entschädigungslose Kündigung verdrängt.

Auffallend ist, dass vor allem das Arbeitsrecht als rechtliche Bremse gesehen wird. Niemand beklagt die Kündigungsfristen im Mietrecht, obwohl auch diese einen Betrieb wirtschaftlich belasten und ein schnelles Lösen von nicht gebrauchten Lagerkapazitäten die wirtschaftliche Lage verbessern könnte. Das Gleiche gilt für Kreditverträge – die Möglichkeit, den Arbeitgebern ein Recht einzuräumen, in wirtschaftlich schwierigen Situationen ihre eingegangenen Verpflichtungen einseitig zu ändern, wird nicht diskutiert. Bis gerichtlich geklärt ist, ob die durch eine Notlage bedingte außerordentliche Kündigung von Geschäftsräumen gerechtfertigt oder ob eine bestimmte Rückzahlungsmodalität eines Kreditvertrages rechtswidrig ist, kann viel Zeit vergehen. Auch hier herrscht in der Zwischenzeit große Rechtsunsicherheit. Die strengere Kreditvergabepraxis der Banken, die gerade mittelständische Unternehmen ohne viel Eigenkapital in Bedrängnis oder den Bankrott treiben können, genießt nicht die Aufmerksamkeit der Medien.

## 2 Empirische Befunde

Nur ein geringer Teil der Vorwürfe gegen den Kündigungsschutz trifft zu. Die Debatte ist vielmehr weitgehend geprägt von Unkenntnis oder Ignoranz.

Eine OECD-Studie aus dem Jahr 1999<sup>8</sup> hat im internationalen Vergleich festgestellt, dass Länder mit einem eher rigiden Kündigungsschutz keine höhere Arbeitslosigkeit haben als Länder mit geringem Kündigungsschutz. Der deutsche Arbeitsmarkt ist nicht verkrustet. Zwar wirken sich

- 1 Rüthers, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, S.1601 (1608); ein ähnliches Bild zeichnet Rodenstock, Präsident der Vereinigung der bayrischen Wirtschaft, im Namen der „Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft“, FR vom 19.04.2002, S.7.
- 2 Das 10. Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/1993, BT-Drs.12/8323 vom 22.07.1994, Rn.878, spricht von „kumulierten Starrheiten und Defiziten der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen“.
- 3 Bauer, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, S.529 (530); Rüthers, NJW 2002, S.1601 (1604); Hromadka, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, AuA 2002, S.261; Bauer/Haussmann, Die Verantwortung des Arbeitgebers für den Arbeitsmarkt, NZA 1997, S.1100 (1102).
- 4 Willemssen, Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität, NJW 2000, S.2779 (2780); Rüthers geht davon aus, die für das Jahr 1979 ermittelte Klagehäufigkeit von 8 % liege weit hinter der heutigen Realität, NJW 2002, S.1601 (1602 f.).
- 5 Buchner, Notwendigkeiten und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, S.533 (534); Neef, Das Kündigungsschutzrecht zur Jahrtausendwende, NZA 2000, S.7 (8).
- 6 Beschäftigt der Arbeitgeber den Gekündigten nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht weiter, dann kommt er in Annahmeverzug, wenn sich die Kündigung im Kündigungsschutzverfahren als nicht gerechtfertigt herausstellt und das Arbeitsverhältnis deshalb nicht beendet wurde. Er schuldet dann das vereinbarte Entgelt, obwohl er keine Arbeitsleistung erhalten hat – die hat er ja „nicht angenommen“. Der Verzugslohn ist dann hoch, wenn das Verfahren sehr lange dauert. Allerdings enden ca. 2/3 der Kündigungsschutzverfahren schon nach 3 Monaten. 20 % der Verfahren dauern zwischen 3 und 6 Monaten, gut 10 % ein halbes bis ein Jahr. Über ein Jahr dauern nur ca. 3 % der Verfahren, Quelle: <http://www.arbeitsgerichtsverband.de/Statistik%20ArbGe.htm>.
- 7 Rüthers, NJW 2002, S.1601 (1603 f.).
- 8 OECD, Employment Outlook, 1999.

Heide Pfarr, Prof. Dr., Wissenschaftliche Direktorin des WSI in der Hans Böckler Stiftung.  
e-mail: [heide-pfarr@boeckler.de](mailto:heide-pfarr@boeckler.de)

Karen Ullmann, Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Projekt Regulierung des Arbeitsmarkts (REGAM) im WSI in der Hans Böckler Stiftung.  
e-mail: [karen-ullmann@boeckler.de](mailto:karen-ullmann@boeckler.de)

arbeitsrechtliche Schutzvorschriften sowohl zum individuellen Kündigungsschutz als auch zur befristeten Beschäftigung dämpfend auf Arbeitsmarktbewegungen aus,<sup>9</sup> aber die Labour-Turn-Over-Rate, die die Personalbewegungen in den Unternehmen misst, liegt in Deutschland im Durchschnitt immerhin bei 13 %. In kleinen Unternehmen bis zu 10 Beschäftigten ist sie noch höher. Für den Schwellenwert des Kündigungsschutzgesetzes konnte eine beschäftigungshemmende Wirkung nicht nachgewiesen werden. Das Einstellungsverhalten von Betrieben mit 5 Beschäftigten unterschied sich – untersucht für einen Zeitraum von zwei Jahren – nicht von den Betrieben mit 4 oder 6 Arbeitskräften.<sup>10</sup> Empirische Hinweise für die Behauptung, der Kündigungsschutz verhindere Einstellungen, liegen bisher nicht vor. Nur 10 % von denen, deren Arbeitsverhältnisse beendet wurden, bekommen eine Abfindung. Nur 11–20 % aller Gekündigten klagen gegen eine arbeitgeberseitige Kündigung vor dem Arbeitsgericht; Abfindungen erhalten selbst diese nur in der Hälfte der Fälle.<sup>11</sup>

Ausgeblendet bleiben in der Debatte zum Kündigungsschutz dessen positive Wirkungen: Der bestehende Kündigungsschutz verringert die Gefahr opportunistischer Kündigungen, verhindert notwendige, also begründete Kündigungen aber nicht.<sup>12</sup> Durch den Schutz vor grundlosen Kündigungen sind Arbeitnehmer/innen eher bereit, in ihr Humankapital, also ihre Qualifikation, zu investieren.<sup>13</sup> Dies führt zu einer höheren Produktivität, weil Anforderungsprofil und Fähigkeiten besser zusammenpassen.<sup>14</sup>

Das Verbot, willkürlich Kündigungen auszusprechen, führt auch auf Unternehmensseite dazu, den Einsatz des Personals effektiv zu gestalten: durch Fortbildung und interne Flexibilität. Der verringerte Abbau von Arbeitskräften in der Krise führt im Aufschwung dazu, dass kein neues, betriebsfremdes Personal eingestellt werden muss. Das betriebsspezifische Humankapital der Belegschaft bleibt erhalten. Eine hohe Bindung der Beschäftigten fährt daher die Wirtschaftsstruktur auf ein insgesamt höheres Niveau. Die Verbilligung des Faktors Arbeit dagegen hat zur Folge, dass sich arbeitsintensive Industrien länger halten – ein Anreiz zu technologischen Investitionen besteht für Betriebe dann nicht. Eine qualifiziertere Wirtschaftsstruktur kann sich wiederum im Hinblick auf neue technologische Anforderungen als anpas-

sungsfähiger erweisen. Ein rigider Beschäftigungsschutz kann so zwar einen schnellen Wandel verhindern, dafür aber einen nachhaltigen Strukturwandel begünstigen.<sup>15</sup>

Deutschland hat allerdings eine hohe Beschäftigungsschwelle. Diese misst die Prozentpunkte, um die das Bruttosozialprodukt steigen muss, bis Auswirkungen hiervon auf dem Arbeitsmarkt spürbar sind. Der Beweis, dass allein die Lockerung der Normen, die den Arbeitsmarkt regeln, die Beschäftigungsschwelle und diese dann die Arbeitslosigkeit senken wird, ist jedoch nicht erbracht. Die Summe der antizipierten Folgen – mehr Beschäftigungsaufbau im Aufschwung, mehr Abbau im Abschwung – ist offen. Alle Verweise auf die Erfolge unserer Nachbarländer bei der Senkung der Arbeitslosigkeit durch den Umbau ihrer Arbeitsverfassung ignorieren die makroökonomischen Faktoren, die zeitgleich mit den Arbeitsmarktreformen die Wirtschaft dieser Länder angekurbelt haben: in Dänemark beispielsweise ein massives Investitionsprogramm, in den Niederlanden die Abwertung des Gulden im Verhältnis zur D-Mark. Diese Vergleiche ignorieren auch den unterschiedlichen Stellenwert, den die Binnennachfrage in kleineren und größeren Marktwirtschaften hat.

Einigen Diskutanten ist die empirische Evidenz, die der behaupteten beschäftigungshemmenden Wirkung des Kündigungsschutzes entgegensteht, nicht gänzlich verschlossen geblieben:<sup>16</sup> Mittlerweile ist immer häufiger vom „psychologischen Beschäftigungshemmnis Kündigungsschutz“ die Rede.<sup>17</sup> Der Kündigungsschutz würde objektiv betrachtet Einstellungen nicht im Wege stehen; da die Unternehmer jedoch schlecht informiert seien und mehr als nötig Angst vor dem Kündigungsschutz hätten, müsse ihnen diese Angst durch Gesetzeslockerungen genommen werden.

Ganz in diesem Sinne sind die Regierungserklärung des Bundeskanzlers am 14. März 2003 und die dort angekündigten Gesetzesänderungen zu verstehen. Der Bundeskanzler und sein Minister für Wirtschaft und Arbeit wollen offensichtlich einen Mittelweg gehen; sie sehen sich angesichts der auch in den Medien stark forcierten Debatte in der Pflicht, auch auf diesem Felde Reformfähigkeit zu demonstrieren. Sie geben allerdings den verbreitet vorgetragenen Forderungen der Wirtschaftsverbände und der Opposition nur

in einem gewissen Maß nach. Um die Vorhaben der rot-grünen Koalition einordnen zu können, seien im Folgenden die in der Debatte erhobenen Forderungen der Verbände und Parteien zur Änderung des Kündigungsschutzes inhaltlich genannt.

## 3

### Reformforderungen von Verbänden und Parteien

Ansatzpunkt der Forderungen ist vorrangig der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes. Die BDA,<sup>18</sup> die F.D.P. und nunmehr auch CDU/CSU verlangen die Heraufsetzung des Schwellenwertes: Das Kündigungsschutzgesetz soll erst ab Betrieben mit 20 Angestellten gelten. Außer-

<sup>9</sup> OECD Employment Outlook 1999, S. 88; Jahn, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, 2002, S. 210 ff., 218.

<sup>10</sup> Wagner/Schnabel/Kölling, Wirken Schwellenwerte im Deutschen Arbeitsrecht als Bremse für die Arbeitsplatzbeschaffung in Kleinbetrieben?, in Ehrig/Kalmbach (Hrsg.): Weniger Arbeitsplätze, aber wie?, S. 176 (193 f.); eine Studie des ISG konnte nach der Heraufsetzung der Kündigungsschwelle 1996 keine nennenswerten positiven beschäftigungspolitischen Wirkungen feststellen und erwartete diese auch nicht für die Zukunft: Friedrich/Hägele, Ökonomische Konsequenzen von Schwellenwerten im Arbeits- und Sozialrecht sowie die Auswirkungen dieser Regelungen, Kurzfassung des Endberichts 1997, S. 22.

<sup>11</sup> Alle Daten sind einer Studie von Infratest/WSI über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen entnommen, deren Ergebnisse veröffentlicht sind in: Arbeit und Recht 3/2002, S. 81 ff., sowie in WSI-Mitteilungen 8/2002, S. 442.

<sup>12</sup> Kirstein/Kittner/Schmidchen, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, 2001, S. 90 (106).

<sup>13</sup> Das sieht auch der Sachverständigenrat im Jahresgutachten 1989/90; BT-Drs. 11/5786, Ziff. 367.

<sup>14</sup> Demougin, in: Ott/Schäfer (Hrsg.) Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, 2001, S. 272 (275), Eger/Weise, ebenda, S. 48 (76).

<sup>15</sup> Kleinhenz, Direktor des IAB, hat in seinem Gutachten zum 62. Deutschen Juristentag den Kündigungsschutz im Großen und Ganzen als erwünscht bezeichnet.

<sup>16</sup> Preis, RDA 1999, 311; Däubler, NJW 2002, 2292.

<sup>17</sup> Bundesminister Clement sprach im Interview in der ZDF-Sendung „Halb-Zwölf“ (23.02.2003) davon, die Bedeutung des Kündigungsschutzes für die Senkung der Arbeitslosigkeit würde überschätzt, das Projekt habe aber Symbolwirkung für die Reformfähigkeit in Deutschland.

<sup>18</sup> www.bda-pro-job.de, Broschüre „Bremsklötze beseitigen – Beschäftigung schaffen“; so auch Bauer, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, S. 529 (532 f.).

dem soll sein Schutz erst nach einer Arbeitsvertragsdauer von 2 (F.D.P.) bzw. 3 Jahren (BDA) – statt bisher: 1/2 Jahr – gelten. Zudem will die F.D.P. die grundlose Befristungsmöglichkeit von 2 auf 4 Jahre erweitern. Durch grundlose Befristungsmöglichkeiten können Arbeitgeber von vornherein das Ende des Arbeitsverhältnisses festlegen und damit den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes – die Überprüfung des Vorliegens von Beendigungsgründen zum Zeitpunkt der Kündigung – vermeiden. Das Land Sachsen will eine Anhebung des Schwellenwertes sogar auf 80 Beschäftigte. Dafür soll die Regelung nur in denjenigen Bundesländern gelten, deren Arbeitslosenquote über 50 % über dem Bundesdurchschnitt liegt<sup>19</sup> – derzeit wohl alle ostdeutschen Länder. Für diese soll nach den Wünschen Sachsens auch die grundlose Befristungsmöglichkeit auf 5 Jahre erweitert werden. In dieser Zeit sollen außerdem unbegrenzt viele Verlängerungen befristeter Verträge möglich sein. Zurzeit sind nur jeweils zwei Verlängerungen erlaubt, was verhindert, dass bei einem grundsätzlichen Interesse, Personen länger zu beschäftigen, allzu kurze Arbeitsverträge geschlossen werden und damit der Kündigungsschutz umgangen wird.

Diverse Vorschläge wollen das behauptete hohe Klageaufkommen und die damit verbundenen Planungsunsicherheiten und Zeitverluste verringern, indem auf die Geltung des Kündigungsschutzes verzichtet werden kann. Das Land Bayern<sup>20</sup> wollte in einer Bundesratsinitiative 2002 bei Neueinstellungen von Personen über 50 Jahren Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten zulassen, in denen die neu Eingestellten gegen die Zusage einer Abfindung auf den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes vor ordentlichen Kündigungen – also nicht nur betriebsbedingten – verzichten. Das Land Sachsen will solche Vereinbarungen nicht abhängig vom Alter, sondern von der Arbeitslosenquote des betreffenden Bundeslandes zulassen. Die CDU/CSU-Fraktion<sup>21</sup> geht 2003 hierüber noch hinaus und will eine solche Regelungsoption für alle neu abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse einführen. Nach ihren Vorstellungen soll die Abfindung zwischen 1/2 und einem Monatsgehalt pro Jahr Betriebszugehörigkeit liegen.

Viele Vorschläge beschäftigen sich außerdem mit der Forderung nach Vereinfachung der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen. Kündigt ein

Unternehmen aus betrieblichen Gründen, schreibt das Kündigungsschutzgesetz vor, dass unter allen vergleichbaren Beschäftigten diejenigen gekündigt werden müssen, die am wenigsten schutzwürdig sind. Es soll auf den Einzelfall ankommen. Die Entscheidung des Unternehmens ist gerichtlich überprüfbar. Fast alle Forderungen – BDA, F.D.P., CDU/CSU-Fraktion und die Gesetzesinitiative des Landes Bayern – wollen die Sozialauswahl auf die drei sogenannten Grunddaten Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltsverpflichtungen beschränken. Andere Gesichtspunkte, wie Behinderung, oder andere individuelle Härtegründe müssten dann nicht mehr berücksichtigt werden. Zudem sollen vom Betrieb bestimmte Personen aufgrund berechtigter betrieblicher Interessen (Bayern), manchmal auch nur zum Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur (BDA) aus der Sozialauswahl herausgenommen werden können. Die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl soll in den Fällen beschränkt werden, in denen zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat verbindliche Auswahlkriterien bzw. Namenslisten festgelegt worden sind – ein Rechtszustand, wie er zwischen 1996 und 1998 schon bestanden hat (CDU/CSU, Land Bayern).

Am weitesten gehen die Vorschläge der BDA und der F.D.P., die den Arbeitgebern ein Recht geben wollen, die Auflösung des Arbeitsvertrages gegen Abfindung im Prozess vor dem Arbeitsgericht zu beantragen. Die Durchsetzung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs gegen den Willen der Arbeitgeber wäre damit unmöglich, das Prinzip des Bestandsschutzes aufgegeben. Arbeitgeber könnten nach wie vor entschädigungslos kündigen. Nur wenn diese Kündigung vor Gericht angegriffen wird und rechtswidrig ist, müssten sie durch Zahlung einer Abfindung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen.

## 4

### Die Reformpläne der Bundesregierung

Die vom Bundeskanzler in seiner Rede vom 14. März 2003 angekündigten Reformen gehen erheblich weniger weit.

– Der Schwellenwert für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes soll nicht generell angehoben werden.

– Allerdings sollen befristet Beschäftigte bei der Bestimmung der Betriebsgröße nicht mitgezählt werden.

– Als Variante dazu wird erwogen, die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes gleitend einsetzen zu lassen: stellt ein Betrieb die 6. Person ein, fällt die am längsten beschäftigte Arbeitskraft unter den Kündigungsschutz, bei der 7. eine weitere und so fort.

– Die bei der Sozialauswahl zu beachtenden Kriterien sollen festgelegt werden.

– Wieder eingeführt werden soll die Möglichkeit für die Betriebsparteien, in Namenslisten festzulegen, wer von betriebsbedingten Kündigungen betroffen werden soll. Eine solche Vereinbarung soll nur noch begrenzt gerichtlich überprüfbar sein.

– Außerdem soll es Betrieben ermöglicht werden, ihre Leistungsträger aus der Sozialauswahl herauszunehmen.

– Existenzgründer sollen längere befristete Verträge mit Beschäftigten abschließen können – statt 2 nun 4 Jahre.

– Beschäftigte sollen das Recht erhalten, nach Ausspruch der Kündigung zu wählen, ob sie vor dem Arbeitsgericht die Weiterbeschäftigung erstreiten oder auf eine solche Klage verzichten und dafür eine gesetzlich festgelegte Abfindung von 1/2 Monatsgehalt pro Beschäftigungsjahr annehmen wollen.

Die Gewerkschaften wenden sich gegen diese Änderungen.

### 4.1 BEWERTUNG

Was ist von den Reformvorhaben zu halten? Die Nichtanrechnung von befristet Beschäftigten auf den Schwellenwert passt nicht in das System des Kündigungsschutzes, der Kleinbetriebe wegen ihrer geringen Größe und der damit verbundenen Besonderheiten ausnimmt. Befristet Beschäftigte haben zwar keinen soliden Bestandsschutz, aber während der befristeten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses durchaus Kündigungsschutz. Sie sind nicht Arbeitnehmer minderer Güte. Für die Größe der

<sup>19</sup> Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen, BR-Drucksache 158/03 vom 06.03.2003.

<sup>20</sup> BR-Drs.863/02 vom 22.11.2002.

<sup>21</sup> Beschluss der Fraktion vom 13.02.2003, [www.cdusu.de/framehtml.jsp](http://www.cdusu.de/framehtml.jsp).



Belegschaft spielt es keine Rolle, ob die Beschäftigten befristete oder unbefristete Verträge haben. Insofern ist es systemwidrig, Befristungen beim Schwellenwert auszuklammern. Zudem würde Missbrauch ermöglicht, indem ein großer Betrieb neben 5 unbefristeten viele, aber nur befristet Beschäftigte haben könnte. Die vorgesehene Änderung verfolgt allerdings gar kein systemkonformes Ziel, sondern will vermuteten Angstvorstellungen und Vermeidungsstrategien von Kleinstunternehmen entgegen wirken. Dieser Unternehmertypus kann aber erfahrungsgemäß raffinierte Umgehungsmöglichkeiten, die die Nichtanrechnungsregelung bietet, nicht nutzen. Für ihn wäre es praktisch unmöglich, mit einer kleinen Stammbesellschaft einen aufgeblähten Personalbestand im zweijährigen Turnus vollständig auszuwechseln.<sup>22</sup>

Würde ein gleitender Kündigungsschutz eingeführt, so würde bei Überschreiten der Schwelle um eine Person nur einer der 5 schon Beschäftigten geschützt und zwar ausgewählt nach nur einem Kriterium: dem der Betriebszugehörigkeit. Da kann dann der Schutz jemanden treffen, der ohnehin geschützt wäre, aber andererseits auch jemanden, der bei Geltung des Kündigungsschutzgesetzes zurückstehen müsste, nämlich gegenüber einem Leistungsträger, einem Beschäftigten mit erheblich höherem Lebensalter und Unterhaltungspflichten und nur etwas geringerer Betriebszugehörigkeit.

Die erhoffte Vereinfachung mag die Rechtsänderung bei der Überschreitung des Schwellenwertes um nur ein bis zwei Personen bringen. Sind es mehr, entsteht Konfusion. Woher wissen Beschäftigte dann, ob sie gerade unter das Kündigungsschutzgesetz fallen oder nicht? Zudem würde eine Zweiklassenbelegschaft entstehen: diejenigen, die unter das Kündigungsschutzgesetz fallen und diejenigen, die nur den verfassungsrechtlich verankerten Mindestschutz genießen.

Einige Gewerkschaften wenden sich auch gegen die Festlegung der Kriterien für die Sozialauswahl. Sie lehnen überwiegend selbst die geplante Option für Gekündigte ab, eine Abfindung statt einer Kündigungsschutzklage zu wählen. Das mag verständlich sein, ist aber nicht zielführend.

Dahinter stehen folgende Einschätzungen:

– Durch Abfindungen würde der Bestandsschutz, den das Kündigungsschutzgesetz vermitteln soll, abgekauft, verwäs-

sert oder beseitigt. Der Arbeitsplatz sei aber immer mehr wert als eine Abfindung.

– Mehr Rechtssicherheit und schnellere Klarheit über die vertraglichen Beziehungen für den Arbeitgeber – und das bedeutet die Einschränkung der Kriterien für die Sozialauswahl, aber auch die Abfindungsregelung – machten Kündigungen planbarer, berechenbarer und einfacher. Es würde daher häufiger und schneller gekündigt werden.

Treffen diese Einschätzungen zu? Liefern sie akzeptable Argumente?

## 4.2 ABFINDUNGSOPTION

Wir haben keine empirischen Untersuchungen für die Bundesrepublik über die präventive Wirkung des Kündigungsschutzes. Wir wissen nicht, ob und wann, unter welchen Einflüssen (Betriebsrat?) die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitgeber aus welchen Gründen auch immer beabsichtigt, unterbleibt. Genauso wenig wissen wir, ob und in welchem Maße der Kündigungsschutz die eigentlich gebotene Einstellung von Beschäftigten behindert. Nach den vergleichenden Untersuchungen ist die Zugangsrate in Arbeitslosigkeit in den schwach regulierten OECD-Ländern Vereinigte Staaten und Kanada am höchsten und nimmt mit zunehmender Regulierungsdichte ab.<sup>23</sup> Das belegt zum einen, dass weniger Kündigungsschutz zu mehr Kündigungen führt – aber nach diesen Daten auch zu schnelleren Einstellungen. Die Arbeitsverhältnisse sind stabiler, die durchschnittliche Beschäftigungsdauer in Ländern mit Kündigungsschutz (wie Deutschland) ist signifikant länger. Jedoch sind die Arbeitslosigkeitsphasen für die, die „draußen“ sind, erheblich ausgedehnter. Insofern wird von einem „Insider/Outsider-Effekt“ gesprochen.<sup>24</sup>

Dennoch ist die Frage zu stellen, ob und in welchem Ausmaß diese empirischen Befunde auf die jeweilige konkrete rechtliche Ausgestaltung zurückzuführen sind. Über die Jahrzehnte nach 1945 waren sich alle darin einig, dass es eine spezifische Unternehmenskultur in Deutschland gibt, die sich ökonomisch und sozial bewährte. Sie war geprägt von Mitbestimmung und einem spezifischen Umgang mit Beschäftigten, die ein beliebiges Feuern ausschloss. Das Kündigungsschutzgesetz war sowohl Ergebnis dieser Unternehmenskultur wie auch seine Voraussetzung.

Folge war, dass Unternehmen in Deutschland mehr Humankapitalinvestitionen vornahmen als beispielsweise amerikanische Arbeitgeber.<sup>25</sup>

Ist diese Unternehmenskultur völlig dahin? Haben nun nicht immer, aber immer öfter neoliberal ausgebildete Manager das Sagen, die so viel Trainee-Zeit in den USA verbrachten, dass sie den traditionell pfleglichen Umgang mit Beschäftigten in der Bundesrepublik nur noch für „Gedöns“ halten? Dafür spricht, dass Personalvorstände nicht mehr selbstverständliche Mitglieder in Geschäftsführungen und Vorständen sind, dass die Verantwortlichkeit für Beschäftigte vielmehr inzwischen als untergeordnetes Management angesehen wird. Dagegen spricht, dass Unternehmen von den Instrumenten weniger regulierter vertraglicher Verbindungen mit Beschäftigten wenig Gebrauch machen. Die Vermutung, Befristungen, die schon durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 erheblich erleichtert wurden, würden dadurch massenhaft zunehmen, ist empirisch nicht bestätigt worden. Über Jahre gab es keinen oder nur einen geringen Anstieg befristeter Beschäftigungsverhältnisse. Ihr Anteil lag laut Mikrozensus im April 2002 bei 8 % (ohne Auszubildende). Auch in der Leiharbeit bildet Deutschland im europäischen Vergleich eher das Schlusslicht. Die Anzahl der LeiharbeiterInnen ist zwar gestiegen, liegt mit rund 330.000 Personen aber immer noch bei nur 1,5 % der Beschäftigten.<sup>26</sup>

Die Frage nach der tatsächlichen Wirkung konkreter rechtlicher Ausgestaltung

22 Nur bei Älteren ab 52 Jahren ist eine nicht begrenzte Befristung möglich. Wenn die Regelung dazu führen würde, dass Betriebe – um nicht unter den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes zu fallen –, massenhaft langfristig befristete Verträge mit Älteren abschließen würden, wäre dies ein zwar nicht antizipierter, aber durchaus zu begrüßender Effekt.

23 OECD Employment Outlook 1999, S. 82. Vgl. Jahn, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, a.a.O., S. 183, 218; Walwei, Labour Market Effects of Employment Protection, IAB-topics Nr. 48, 2002, S. 14 f.

24 Dazu Eichhorst/Profit/Thode, Benchmarking Deutschland, S. 26.

25 Jahn, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, a.a.O., S. 210.

26 Bundesanstalt für Arbeit, Arbeitsmarkt in Zahlen, 2. Halbjahr 2002, <http://www1.arbeitsamt.de/hst/services/statistik/detail/a.html>.

gen ist durchaus auch für Kleinbetriebe angebracht. Gerade in diesen Unternehmen, die noch stark durch die persönliche Mitarbeit des Unternehmers geprägt sind, spielt die Beziehung zwischen Beschäftigten und Arbeitgeber eine besondere Rolle. Das kann sich negativ auswirken, weil es keine Puffer gibt, wenn etwas schief läuft. Aber die persönliche Beziehung bildet auch oft die Basis für ein starkes Verantwortungsgefühl, das ein beliebiges Feuern ausschließt – und vielleicht gerade deshalb ein schnelles Feuern auch, etwa für nur kurzfristige Bedarfe.

Nach allem, was wir wissen – und empirisch wissen wir noch nicht genug –, wäre es unverantwortlich zu behaupten, eine Änderung des Kündigungsschutzes – so wie sie jetzt geplant ist – würde sofort und unmittelbar massenhafte Entlassungen zur Folge haben. Allerdings: mit größerer Sicherheit kann gesagt werden, sie wird nicht zu vielen neuen Arbeitsplätzen führen und entscheidend zum Abbau der Arbeitslosigkeit beitragen.<sup>27</sup>

Dennoch verbietet sich eine schnelle Entwarnung. Was geschieht *langfristig* in den Köpfen von Beschäftigten und Arbeitgebern, wenn der Anspruch des Kündigungsschutzgesetzes aufgegeben wird, nur gerechtfertigte Kündigungen seien wirksam; gegenüber allen anderen aber bestehe der Anspruch, dass das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird? Sicherlich ist auch Beschäftigten nicht verborgen geblieben, dass dieser hehre Anspruch die Wirklichkeit nur unzulänglich beschreibt. Mag die Labour-Turn-Over-Rate in der Bundesrepublik auch nicht so hoch sein wie in weniger regulierten Ländern, sind doch Jahr für Jahr bis zu 13 % aller Beschäftigten betroffen; 3,5 bis 4,5 Millionen Arbeitsverhältnisse werden aufgelöst. Die meisten Beendigungen verlaufen konfliktfrei; nur 11 bis 20 % führen zu einem gerichtlichen Verfahren. Wie erwähnt: wir wissen nicht, ob und wie viele Kündigungen der Kündigungsschutz im Vorfeld verhindert. Aber wir wissen, dass der reale Bestandsschutz im arbeitsgerichtlichen Verfahren nur eine sehr geringe Rolle spielt, ungeachtet der Rechtsfrage, ob die Kündigung gerechtfertigt war oder nicht. Die Angaben, wie viele Kündigungsschutzklagen zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen, schwanken zwischen 9 % und 20 %.<sup>28</sup> Und wer weiß, wie viele von den Zurückgekehrten noch nach einem Jahr bei eben diesem Arbeitgeber beschäftigt sind.

Dennoch wird das Versprechen eines Bestandsschutzes hoch eingeschätzt. Zu Recht. Die Freiheit im Arbeitsverhältnis bestimmt sich von seinem Ende her.<sup>29</sup> Jedoch ist damit noch keine Aussage getroffen darüber, wie dieser Bestandsschutz ausgestaltet sein muss. Das deutsche Modell arbeitet mit „Alles oder Nichts“: Verbleib auf dem Arbeitsplatz – bei ungerechtfertigter Beendigungskündigung, Verlust des Arbeitsplatzes ohne Entschädigung –, ersatzloser Arbeitsplatzverlust bei gerechtfertigter Kündigung, egal aus welchen Gründen, also auch bei solchen, denen der Gekündigte selbst ausgeliefert ist, etwa bei betriebsbedingten Kündigungen oder solchen wegen Krankheit. Eine rechtliche Ausnahme gibt es lediglich bei Kündigungen, die zu einem Sozialplan führen.<sup>30</sup> Diese rechtliche Ausgestaltung mutet schon willkürlich an.<sup>31</sup> Die Praxis arbeitet anders. Wie erwähnt: „Alles“ gibt es bei konflikthafter Auseinandersetzung fast nie. Immerhin ist „Nichts“ auch nicht die Regel, denn es werden Abfindungen gezahlt. Allerdings in einem Maße und einer Verteilung, dass nur schwerlich der Eindruck entstehen kann, die Praxis bei Beendigungen von Arbeitsverhältnissen habe auch nur entfernt etwas mit Gerechtigkeit zu tun. Das Recht ist für die Wachen gemacht, sagte man im römischen Recht, und genau so ist es hier. 10 % von allen, deren Arbeitsverhältnis beendet worden ist, erhalten eine Abfindung, ca. 15 % von denen, die vom Arbeitgeber gekündigt worden sind (und da sind die Sozialplanabfindungen schon enthalten), 34 % schließlich von denen, die einen Aufhebungsvertrag abschließen. Das sind die Wachen oder solche, über die gewacht wird – und das sind nicht so viele. Die anderen, die übergroße Mehrheit, gehen doppelt leer aus: ohne Arbeitsplatz und ohne Abfindung.

Es ist also nicht notwendigerweise Ausdruck eines schlechten Charakters, wenn man darüber nachdenkt, den Bestandsschutz nicht unmittelbar, sondern durch ein Recht auf Abfindungen zu bewirken, wie es andere europäische Länder tun.<sup>32</sup> Die Pflicht zur Zahlung einer Abfindung: für den Arbeitgeber eine lästige, ökonomisch spürbare Alternative zur abfindungslosen Kündigung mit dem selbststeuernden Effekt, beliebiges Feuern zu vermeiden; für die betroffenen Beschäftigten eine Entschädigung für ihr in eben diesen Betrieb investiertes Humankapital, das sich nunmehr nicht mehr auszahlt. Abfin-

dungen für alle, nicht nur für die Wachen, die konfliktbereiten und -fähigen.

Dabei käme es ganz entscheidend auf die Ausgestaltung an. Es ist mühelos möglich, das Recht auf Abfindungen so zu fassen, dass keinerlei Bestandsschutz dabei herauskäme und berechtigte Interessen von Beschäftigten verletzt würden. Die Forderungen von BDA und F.D.P. belegen dies.

Aber unabhängig davon: Kündigungsschutz steht für mehr. Er gilt als das Herzstück des Arbeitsrechts. Die öffentliche Debatte bemüht dieses Symbol nur im Blick auf Unternehmer, deren Fesseln gesprengt werden sollen. Für Beschäftigte hat der Kündigungsschutz in unserer Rechtstradition aber mindestens ebenso starke Symbolkraft.<sup>33</sup> Die Forderung: „Abfindungen statt Kündigungsschutz“ könnte hier nicht nur als tiefer Einschnitt in soziale Rechte wahrgenommen werden, sondern als Infragestellung von Gerechtigkeit. Wer zahlt, darf alles. Für den, der Geld hat, gilt keine vertragliche Bindung; der kann demjenigen, der seine soziale Existenz um seinen

27 Siehe dazu auch Jahn, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, a.a.O.; Preis in Festschrift Hanau, S. 53; Däubler, NJW 2002, 2292.

28 Falke/Höland/Rohde/Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, Bd.II, S.848, dieser Wert umfasst neben der Weiterbeschäftigung durch Feststellungsurteil die Fälle des außergerichtlichen Vergleichs bei Klagerücknahme sowie die gerichtlichen Vergleiche erster und zweiter Instanz; die Zahl 20 % entnehmen wir der mündlichen Auskunft des DGB-Rechtsschutzes.

29 Hromádka AuA 2002, 261, 264.

30 Sozialpläne können abgeschlossen werden in Unternehmen mit mind. 20 wahlberechtigten Beschäftigten, in denen ein Betriebsrat existiert und in dem gleichzeitig 20 % der Beschäftigten, mindestens jedoch 6, betriebsbedingt entlassen werden, vgl. § 112 BetrVG.

31 Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 595.

32 Siehe dazu ausführlich Rebhahn, RdA 2002, 272.

33 In einer repräsentativen Befragung, durchgeführt und ausgewertet von polis, München, im Auftrag der IG Metall (Juli 2001, Feldzeit: Mai 2001; Anzahl der Interviews: 2.792) ging es um die Frage, in welchen Bereichen nach Ansicht der Beschäftigten die Mitbestimmung ausgebaut werden sollte. Die mit Abstand höchste Nennung – in Ost und West gleichermaßen – erhielt der Kündigungsschutz. Hier wollten 92 % stärkere Rechte. Bei einer repräsentativen Umfrage unter den Bundesbürgern (Emnid/Die Welt) sprachen sich 51 % gegen eine Lockerung des Kündigungsschutzes aus; 61 % der Befragten wollten keine Änderung der Auswahlkriterien bei Kündigung (wie bisher: soziale Auswahlkriterien).

Arbeitsplatz herum aufgebaut hat, diesen entziehen – einfach so, für ein paar Monatsgehälter, die hingeblättert werden.

Schon daraus wird deutlich, dass es nicht angehen kann, auch für verhaltensbedingte Kündigungen den Bestandsschutz durch eine Abfindungsverpflichtung zu ersetzen. Eine solche Kündigung setzt vorwerfbares Verhalten des Beschäftigten voraus: ständiges Zuspätkommen, Unzuverlässigkeit etwa. Gegen solche Vorwürfe muss sich der Betroffene wehren können. Betrachten wir die empirischen Daten zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, wird gegen eine solche Kündigung häufiger geklagt als gegen betriebsbedingte. Von einer Untersuchung aus 1979/80<sup>34</sup> wissen wir, dass damit vor allem ein Rehabilitationsinteresse befriedigt werden soll, indem dem Arbeitgeber durch eine renommierte Instanz gesagt wird, er sei im Unrecht.

Anders sieht das bei betriebsbedingten Kündigungen aus. Da ist mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinerlei Werturteil über den Betroffenen verbunden. Er ist lediglich Opfer wirtschaftlicher Entwicklungen oder betriebswirtschaftlicher Planungen. Die Sinnhaftigkeit einer Abfindungslösung bei betriebsbedingten Kündigungen braucht an dieser Stelle nicht diskutiert zu werden.<sup>35</sup> Denn die rot-grüne Koalition sieht ja nur ein Wahlrecht für den Gekündigten vor. Er kann auf seinem Bestandsschutzanspruch bestehen und die Unwirksamkeit der Kündigung vor Gericht geltend machen. Aber er müsste es nicht mehr, wenn er den Arbeitsplatz – aus welchen Gründen auch immer – gar nicht erhalten will und das Gericht nicht zur Rehabilitation braucht. Nach geltendem Recht muss aber ein Gekündigter, der eigentlich eine Entschädigung will, vor Gericht auf Weiterbeschäftigung klagen und hoffen, dass der Arbeitgeber eine Abfindung anbietet, um das zu vermeiden. Insofern zwingt ihn das geltende Recht zur Unehrlichkeit; alle Beteiligten, selbstverständlich auch die Richterinnen und Richter, wissen das, müssen aber mitspielen.

Warum meinen Gewerkschaften, sich dagegen wehren zu müssen? Ihr Argument, durch Abfindungen werde der Bestandsschutz, den das Kündigungsschutzgesetz vermitteln soll, abgekauft, verwässert oder beseitigt und der Arbeitsplatz sei immer mehr wert als eine Abfindung, kann doch für die Optionslösung nicht ungeschmälert geltend gemacht werden. Zum Zeitpunkt

der Kündigung kann der Betroffene den Wert, den der Bestandsschutz ihm persönlich bietet, abschätzen und sich entscheiden. Die Annahme, dann würden viel mehr Beschäftigte als heute schon für ein paar Euro mehr auf die Erhaltung ihres Arbeitsplatzes verzichten, ist nicht sehr plausibel. Und selbst wenn: Wer will sie zu ihrem Glück zwingen? Und warum?

Eine andere kritische Frage hingegen leuchtet ein: Erst wird der Bestandsschutz für eine Abfindung aufgegeben, und dann entscheidet der Gesetzgeber – in einem weiteren Schritt, das Sozialsystem zu sanieren –, dass die Geldleistung jedenfalls zum Teil auf das Arbeitslosengeld angerechnet wird. Jedoch: auf diese Idee ist der Gesetzgeber auch schon nach altem Recht gekommen.<sup>36</sup> Und der Betroffene wird dann die Option für die Abfindung nur wählen, wenn es sich für ihn immer noch rechnet. Auch dürfen die individuellen Abfindungsmöglichkeiten nicht die Chancen zerstören, beschäftigungswirksame Sozialpläne abzuschließen. Die Option sollte daher nicht gegeben werden, wenn es sich um sozialplanpflichtige Entlassungen handelt.

### 4.3 KRITERIEN FÜR DIE SOZIALAUSWAHL

Bleibt noch die Abwehr von Gewerkschaftsseite gegen Rechtsänderungen, die mehr Rechtssicherheit und schnellere Klarheit über die vertraglichen Beziehungen für den Arbeitgeber bringen sollen, wie die Einschränkung der Kriterien für die Sozialauswahl. Auch die Abfindungsregelung könnte mehr Rechtssicherheit bringen.

Inhaltlich beruht die Ablehnung einer solchen Rechtsänderung auf der Einschätzung, dass Rechtsunsicherheit den Schutz vor Kündigungen stärkt, weil Arbeitgeber aus Sorge vor den Risiken des Kündigungsschutzprozesses von Kündigungen absehen würden. Insofern vertreten Gewerkschaften und BDA – ungewollt – dieselbe Logik. Denn gerade dann, wenn diese Einschätzung zuträfe, müsste ein breiteres Spektrum an Ausweichreaktionen einkalkuliert werden. Eben die Sorge der Arbeitgeber vor dem Kündigungsschutz wird von denen, die dessen Reform einfordern, als Einstellungshindernis ausgemacht. Das kann nur die kalt lassen, die sich auf den Schutz von schon Beschäftigten beschränken können. Die Gewerkschaften haben einen weitergehenden Anspruch; sie wollen nicht nur für die eintreten, die schon in Arbeit sind.

Legitim ist die Beschränkung allein auf die Interessen der Beschäftigten allerdings für Betriebsräte und jene, die sie beraten, etwa bei einem Personalabbauvorhaben. Da kann die Drohung mit massenhaften Kündigungsschutzklagen, bei denen die Sozialauswahl überprüft wird – mit unvorhersehbaren Ergebnissen –, die Unternehmen zur Kooperation bringen mit der Folge, dass bessere, betriebswirtschaftlich durchaus tragbare und sozialere Lösungen gesucht und gefunden werden. Rechtsunsicherheit – eingesetzt zur Verstärkung eines zu schwach ausgestalteten Mitbestimmungsrechtes. Aber kann dieser Nebeneffekt eine Forderung nach Beibehaltung von Rechtsunsicherheit legitimieren?

Eine ausschließlich positive Einschätzung von Rechtsunsicherheit vernachlässigt, dass deren Wirkungsmechanismus ungleich greift, je nachdem, wie rechtskundig oder von ausgefuchsten Rechtsanwälten beraten Entlassungen betrieben werden und werden können. Kleine Unternehmer, uninformierte Arbeitgeber werden von den Folgen von Rechtsunsicherheiten besonders betroffen sein. Warum sollte gerade das gewollt sein?

Ganz allgemein kann ein Rechtsstaat nicht akzeptieren, dass allein die Unsicherheit seiner Regulierungen und der Zufall, wie auf Unsicherheit reagiert wird, das Verhalten der Rechtsunterworfenen prägt. Je-

34 Falke/Höland/Rohde/Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1981.

35 Siehe dazu Otto-Brenner-Gespräch am 13. 12. 2002. Die Tagungsdokumentation erscheint demnächst in der Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung „Muss der Kündigungsschutz reformiert werden?“

36 Die generelle Anrechnung von Abfindungen von Entlassungsentschädigungen auf das Arbeitslosengeld war mit Wirkung vom 01.01.1998 in das SGB III eingeführt worden. Diese Regelung sah nach Abzug der Steuern eine generelle Anrechnung der Entlassungsentschädigung auf die Hälfte des Arbeitslosengeldes vor. Da diese Vorschrift bereits vor dem Inkrafttreten erhebliche Kritik erfahren hatte, hat der Gesetzgeber mit dem 1. SGB III ÄnderG die Freibeträge, die nicht zu einer Anrechnung führen, deutlich erhöht. Auch der Dauer der Betriebszugehörigkeit wurde stärker Rechnung getragen. Die generelle Anrechnung von Entlassungsentschädigungen wurde durch das Entlassungsentschädigungs-Änderungsgesetz (EE-ÄndG) ab dem 01.04.1999 außer Kraft gesetzt. Die Entlassungsentschädigung wird danach nur bei Nichteinhalten der ordentlichen Kündigungsfrist angerechnet.



der Rechtsstaat muss seine Wertungen und die Anforderungen an ein rechtlich wirksames Verhalten so erkennbar wie möglich machen. Das geht nicht immer und nie hundertprozentig, und insofern sind dann auch unvorhersagbare Gerichtsentscheidungen hinzunehmen. Es gibt aber keinen Grund und vor allem keine Berechtigung für Gewerkschaften, sich einem Vorhaben des Staates entgegenzustellen, das sich um die Minimierung von Rechtsunsicherheiten bemüht.

Das Ziel, mehr Rechtssicherheit zu erreichen, stößt aber an eine Grenze, wenn Einzelfallgerechtigkeit angestrebt werden soll. Diese ist bei verhaltensbedingten Kündigungen, die ja Fehlverhalten des Beschäftigten zur Grundlage haben, ganz unverzichtbar. Die Rechtsprechung verlangt Einzelfallgerechtigkeit aber auch bei der sozialen Auswahl aufgrund einer betriebsbedingten Kündigung: Die höchst individuelle soziale Lage eines Beschäftigten, der zum Kreis derer gehört, die für die Kündigung in Frage kommen, wird verglichen mit der Lage jedes einzelnen anderen, der eine vergleichbare Beschäftigung ausübt.<sup>37</sup> Da kann es schon passieren, dass die eine Kammer des Arbeitsgerichts Frau A für sozial stärker hält als die betriebsbedingt gekündigte Klägerin Frau B und diese daher obsiegen lässt; eine andere Kammer des Gerichts, danach angerufen von der nunmehr gekündigten Frau A, ist aber genau gegenteiliger Auffassung – nun wird (auch) Frau A bestätigt, dass ihre Kündigung nicht gerechtfertigt war. Wie soll ein Arbeitgeber, wohlgerne einer, der rechtstreu sein will und alles nach seinen Kräften dazu getan hat, sich da verhalten? Einfach nicht zweifeln und unverdrossen weitere Kündigungen ausprobieren? Und freudig möglichst viel neues Personal einstellen, wenn es die Auftragslage wieder zulässt? Der gewerkschaftliche Rechtsschutz wiederum hat Veranlassung, stolze Erfolge zu feiern, weil gleich an mehrere Gekündigte Verzugslohn gezahlt werden musste?

Ausgeprägte Einzelfallgerechtigkeit auf der einen, Transparenz und Rechtssicherheit auf der anderen Seite gehen nicht zusammen. Und schon gar nicht passt Einzelfallgerechtigkeit, durchexerziert in einem

Einzelverfahren, zu einem kollektiven Verteilungsproblem, wie es die Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung darstellt. Alles spricht dafür, hier eine generalisierende Betrachtung nicht nur zuzulassen, sondern zu fordern, eine, die die Kriterien für eine Sozialauswahl vorher festlegt und danach anwendet, ohne auf Facetten des Einzelfalls eingehen zu müssen.<sup>38</sup>

Dies soll kein Plädoyer für Namenslisten sein. Im Gegenteil. Die von der Bundesregierung dazu vorgesehene Regelung würde die Aufgaben des Betriebsrats entscheidend verändern. Seine Interessenvertretung hätte durch die Vereinbarung von Namenslisten den Effekt, dass er mit rechtlicher Wirkung zu Lasten von einzelnen Beschäftigten agieren kann. Das ist nach der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes sonst nicht der Fall; da schützt der Betriebsrat einzelne Beschäftigte, und wenn er es nicht tut – etwa wenn er einer Kündigung zustimmt –, hat das keine Auswirkung auf die gerichtliche Bewertung des Falles. Hier wäre das anders: Wenn ein Beschäftigter auf der Namensliste steht, verschöbe sich die Beweislast in einem Gerichtsverfahren erheblich zu seinen Ungunsten und die gerichtliche Überprüfung würde eingeschränkt. Selbstverständlich wären solche Namenslisten auch geeignet, eine „Personalpolitik“ des Betriebsrats gegenüber bestimmten Beschäftigtengruppen und Beschäftigten durchzusetzen. Gewerkschaftlich organisierte Betriebsräte haben sich verständlicherweise oft geweigert, Namenslisten zu vereinbaren. Wichtig ist es deshalb, dass die Rechtsänderung wenigstens nicht als erzwingbare Mitbestimmung ausgestaltet wird.

Jedoch erscheint es akzeptabel, wenn der Gesetzgeber die Kriterien, die für die Sozialauswahl eine Rolle spielen dürfen, benennt. Dabei ist zu bezweifeln, dass die drei so oft genannten – Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen, Lebensalter – ausreichen und überhaupt die richtigen sind.<sup>39</sup> Jedenfalls wäre mit einer solchen gesetzlichen Benennung noch nicht ausreichend Rechtssicherheit geschaffen. Denn wie sind die Kriterien zueinander zu gewichten? Hier bietet es sich an, dass die

Tarif- oder die Betriebsparteien eine Gewichtung abstrakt-generell verbindlich festlegen, z.B. durch einen Punktekatalog. Eine solche Regelung kann mehr Rechtssicherheit schaffen, ohne die soziale Lage der einzelnen Beschäftigten zu sehr zu vernachlässigen.

## 5 Fazit

Es ist stark zu bezweifeln, dass die Vorhaben der Bundesregierung, den Kündigungsschutz zu ändern, die behaupteten beschäftigungspolitischen Auswirkungen haben werden. Wenn auch einige der Änderungen hoch zweifelhaft, ja schädlich sind, werden sie dennoch den sozialen Standard der Beschäftigten nicht entscheidend verschlechtern. Die Diskussion um den Kündigungsschutz sollte die Gewerkschaften aber dazu veranlassen, auf der Basis der inzwischen gesammelten Daten und mit klarem Blick auf die Realitäten darüber nachzudenken, ob es nicht auch in ihrem Interesse sein kann, offensiv über die Wirkungsmechanismen und eine Weiterentwicklung des Kündigungsschutzes nachzudenken. Die Praxis des Kündigungsschutzes weist Gerechtigkeitslücken und Rechtsunsicherheiten auf, die zu verteidigen eher Schwäche denn Stärke zeigt. Nicht jede Rechtsänderung bedeutet Sozialabbau, selbst dann nicht, wenn sie auch von den Unternehmen begrüßt würde. Es lohnt sich, jene 40 % der Bevölkerung zu überzeugen, die heute in den Gewerkschaften Reformblockierer sehen.

37 Ständige Rechtsprechung seit BAG AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

38 Die Kriterien dürfen dann ruhig auch – anders als heute – so gebildet werden, dass sie Frauen nicht mehr benachteiligen. Zur diskriminierenden Wirkung der Auswahlkriterien auf Frauen siehe *Bertelsmann/Pfarr, Diskriminierung im Erwerbsleben*, 1990.

39 Vgl. Fußnote 38.