

# Recht und Wirklichkeit der Kündigung von Arbeitsverhältnissen – Erste Erkenntnisse aus der Forschung

Armin Höland/Ute Kahl  
Karen Ullmann/Nadine Zeibig

Das am 24. Dezember 2003 verkündete und zum 1. Januar 2004 in Kraft getretene „Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt“ enthält in seinem Artikel 1 kontrovers diskutierte Änderungen des Kündigungsschutzgesetzes. Der Gesetzgeber will mit ihrer Hilfe mehr Transparenz und Rechtssicherheit schaffen und so Hindernisse für Neueinstellungen abbauen. Gerade in Kleinbetrieben bestehe ein hohes Beschäftigungspotenzial, das durch Entschärfung der „Schwellenproblematik“ im Kündigungsschutzgesetz wirksam erschlossen werden könne. Ob und in welchem Umfang und mit welchen möglicherweise nicht beabsichtigten Auswirkungen die Neuregelungen ihr Ziel erreichen können, ist Gegenstand von zwei gegenwärtig bundesweit durchgeföhrten Forschungsprojekten. Der vorliegende Beitrag erörtert Voraussetzungen, Probleme und mögliche Wirkungen der Änderungen des Kündigungsschutzgesetzes.

## 1

### Einleitung

Eine schöne Bescherung. Auf den Gabentisch des Jahres 2003 hatte der Gesetzgeber das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt gelegt, das am 24. Dezember 2003 ausgefertigt wurde. Geschenkt wurde dem deutschen Arbeitsrecht damit eine Reform, die von einem großen Teil der Arbeitsrechtswissenschaft gewünscht, zuletzt nur noch von einem kleinen Teil bezweifelt wurde. Insgesamt sechs Gesetze wurden geändert. Darunter – und an erster Stelle – das Kündigungsschutzgesetz (KSchG).<sup>1</sup> Ein bemerkenswerter Beleg für die zweifelhafte Dynamik moderner Gesetzgebung, die auch in Heiliger Zeit keine Ruhe kennt, ist, dass das Kündigungsschutzgesetz an ein und demselben Tag, dem 24. Dezember 2003, zweimal geändert wurde.<sup>2</sup> Auch die vorletzte Änderung lag nicht lange zurück; sie hatte einen Tag vorher, am 23. Dezember 2003, stattgefunden.<sup>3</sup>

Geändert wurden durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt sieben Vorschriften des KSchG; eine Vorschrift – § 1a KSchG, die Abfindungszahlung bei betriebsbedingter Kündigung – wurde neu in das Gesetz eingefügt. Im Hinblick auf Umfang und Gehalt der geänderten Regelungen erweist sich die weihnachtliche Gesetzesreform von 2003 als die stärkste Änderung in der 53-jährigen Geschichte des Kündigungsschutzgesetzes. Dabei enthält die Reform des KSchG von 2003 nur zum

Teil Neues. Zum Teil reaktiviert sie Regelungen, die bereits zwischen Ende 1996 und Ende 1998 in Kraft waren. Im Rahmen des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes (BeschFG) von 1996 hatte der Gesetzgeber den Schwellenwert für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes von fünf auf zehn Beschäftigte heraufgesetzt und das Recht der betriebsbedingten Kündigung neu gestaltet. Die Sozialauswahl war konkretisiert worden.<sup>4</sup> Außerdem waren dem § 1 KSchG im September 1996 die Absätze 4 (eingeschränkte Überprüfbarkeit der sozialen Auswahl bei namentlicher Festlegung der zu kündigenden Beschäftigten in einem zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber geschlossenen Interessenausgleich) und 5 (Vermutung

der Bedingtheit dieser Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse) hinzugefügt worden.

Die durch die Bundestagswahl 1998 an die Regierungsmacht gelangte „rot-grüne“ Regierungskoalition machte dieser Gesetz-

1 Darüber hinaus wurden durch das Artikelgesetz geändert: das Teilzeit- und Befristungsgesetz (Artikel 2), das Dritte Buch Sozialgesetzbuch (Artikel 3), die Insolvenzordnung (Artikel 4), das Seemannsgesetz (Artikel 4a) und das Arbeitszeitgesetz (Artikel 4b). Nach seinem Artikel 5 tritt das Gesetz zum 1.1.2004 in Kraft.

2 „Zuletzt geändert“ wurde das KSchG durch Artikel 36 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003. BGBl. I S. 2954. Ersetzt worden ist durch Artikel 36 des o. g. Gesetzes in § 11 Nr. 3 des Kündigungsschutzgesetzes das Wort „Arbeitslosenhilfe“ durch die Wörter „Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch“.

3 Durch Artikel 73 des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2003, BGBl. I S. 2848, wurden in den §§ 17, 18, 19, 20 und 21 des Kündigungsschutzgesetzes die Begriffe „Arbeitsamt“ durch „Agentur für Arbeit“, „Landesarbeitsamt“ durch „Bundesagentur für Arbeit“, „Hauptstelle der Bundesanstalt“ durch „Zentrale der Bundesagentur“, und „Direktor“ durch „Die Geschäftsführung“ ersetzt.

4 Gestrichen wurde durch das Arbeitsrechtliche BeschFG 1996 in § 1 Abs. 3 S. 1 der unbestimmte Rechtsbegriff der „sozialen Gesichtspunkte“, die vom Arbeitgeber zu berücksichtigen seien. Ersetzt wurde dieser Begriff durch die Merkmale der Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltpflichten des Arbeitnehmers. Hinzu gefügt wurde im § 1 Abs. 3 der Satz 2, wonach bestimmte Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, in die soziale Auswahl nicht einzubeziehen sind.

Armin Höland, Prof. Dr., Universität Halle-Wittenberg.

Arbeitsschwerpunkte: Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Recht der sozialen Sicherung  
e-mail: Hoeland@jura.uni-halle.de

Ute Kahl, Wiss. Mitarbeiterin im Projekt KÜPRAX, Universität Halle-Wittenberg.  
e-mail: Kahl-@gmx.de

Karen Ullmann, Wiss. Mitarbeiterin im Projekt REGAM, WSI in der Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf.

e-mail: Karen-Ullmann@boeckler.de

Nadine Zeibig, Wiss. Mitarbeiterin im Projekt KÜPRAX, Universität Halle-Wittenberg.  
e-mail: nadine\_zeibig@web.de

gebung ihrer konservativen Vorgänger so gleich durch das „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ vom 19. Dezember 1998 ein Ende. Diese Korrektur erwies sich als begrenzt: Sieht man davon ab, dass ohnehin zwei Regelungen des Arbeitsrechtlichen BeschFG vom September 1996 aufrechterhalten wurden,<sup>5</sup> so ist im Übrigen seit dem 1. Januar 2004 in nicht unwe sentlichen Teilen der Rechtszustand des KSchG zwischen 1996 und 1998 wieder hergestellt worden.<sup>6</sup> Dabei war die Leistungsbilanz des – zugegebenermaßen nur kurze Zeit geltenden – Arbeitsrechtlichen BeschFG schwach. Was rechtfertigt es, vom Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt mehr zu erwarten?

Derzeit bewegen sich zwei Forschungsprojekte in Deutschland auf thematisch und methodisch unterschiedlichen, im Hinblick auf die Auswertung der Daten jedoch sich ergänzenden Wegen auf die empirisch erfassbare Wirklichkeit des Kündigungsschutzes zu. Das REGAM-Projekt des *Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) in der Hans Böckler Stiftung* hat zum Ziel, die rechts- und sozialpolitischen Diskurse zu rekonstruieren sowie zentrale theoretische und empirische Argumente herauszuarbeiten und zu überprüfen. Dabei werden den häufig an Überzeugung starken, an Empirie schwachen Behauptungen und Annahmen in der Debatte um die Reform des Kündigungsschutzes sozialwissenschaftliche und ökonomische Erkenntnisse gegenübergestellt und unterstellte Wirkungszusammenhänge untersucht. Das zweite, am *Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherung an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg* durchgeführte Forschungsprojekt will mit einer schriftlichen Befragung sämtlicher Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland die gegenwärtige Gerichts- und Verfahrenswirklichkeit des Kündigungsschutzes erschließen. Das Projekt ist in Konzeption und Methodik anschlussfähig an die letzte große empirische Untersuchung in diesem Themenfeld, die 1978-1981 am Max-Planck-Institut (MPI) für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg im Auftrag des Bundesarbeitsministeriums durchgeführte Studie zu „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland“ (Falke et al. 1981).

## 2 Das Kündigungsschutzgesetz nach der Reform

Durch die Anhebung des Schwellenwertes von fünf auf zehn Beschäftigte hat der Gesetzgeber den Geltungsbereich des KSchG in inhaltlicher Anlehnung an die Regelung der Jahre 1996–1998 verkleinert. Im Gegensatz zur Regelung zwischen 1996 und 1998 gilt die Erhöhung des Schwellenwertes jedoch nur für Neueinstellungen ab 2004. Beschäftigte, deren Arbeitsverträge vor diesem Datum geschlossen wurden, verlieren ihren Kündigungsschutz nicht. Für die ab 1. Januar 2004 neu eingestellten ArbeitnehmerInnen gilt folglich der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz erst ab dem 11. Arbeitnehmer im Betrieb.<sup>7</sup> Diese gespaltene Regelung führt zu „gespaltenen Belegschaften“ (Preis 2003, S. 72): Die in Betrieben mit fünf bis zehn Beschäftigten neu Eingestellten erlangen solange keinen gesetzlichen Kündigungsschutz wie die Belegschaft nicht über zehn ArbeitnehmerInnen hinauswächst. Die „Alten“ dieser Belegschaft behalten, falls sie am 31. Dezember 2003 unter das KSchG fielen, den bereits erlangten Kündigungsschutz über 2003 hinaus. In einem Betrieb mit sechs Beschäftigten am 31. Dezember 2003, der am 1. Januar 2004 drei neue Beschäftigte einstellt, fallen folglich sechs unter den Kündigungsschutz und drei nicht. Erst wenn zwei weitere Beschäftigte eingestellt werden, so dass der Betrieb über die Schwelle von zehn hinauswächst, genießen alle Beschäftigten Kündigungsschutz nach dem KSchG.

Die weiteren wesentlichen Änderungen im Ersten Abschnitt des KSchG umfassen

- die Beschränkung der Sozialauswahl in § 1 Abs. 3 KSchG mittels Ersetzung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „sozialen Gesichtspunkte“ durch die Auswahlmerkmale „Dauer der Betriebszugehörigkeit“, „Lebensalter“, „Unterhaltpflichten“ und „Schwerbehinderung“.<sup>8</sup> „Im Interesse der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Betriebes“ kommt – wortgleich mit der bereits zwischen 1996 und 1998 geltenden Regelung – die Herausnahme von Beschäftigten aus der Sozialauswahl hinzu, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewoge-

nen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt;

- die Wiedereinführung der so genannten Namensliste in § 1 Abs. 5 KSchG;<sup>9</sup>
- den Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG, der in der Arbeitsrechtswissenschaft besondere Beachtung findet. Dieser Anspruch entsteht allerdings nur, wenn der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben mitteilt, es handele sich um eine betriebsbedingte Kündigung, und gleichzeitig eine Abfindung anbietet für den Fall, dass

<sup>5</sup> §§ 1 Abs. 4 Satz 1 (im Wesentlichen unveränderter Regelungsgehalt) und 23 Abs. 1 S. 3 KSchG (anteilig abgestufte Berücksichtigung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern in Kleinbetrieben; Berechnungsschlüssel allerdings ab 1.1.1999 zugunsten stärkerer Berücksichtigung von Teilzeitkräften etwas modifiziert, Kriebel (2000, § 23 Rn.23).

<sup>6</sup> Das betrifft die Konkretisierung der sozialen Gesichtspunkte in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, die auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit um die „Schwerbehinderung des Arbeitnehmers“ ergänzt wurde, s. BT-Drs. 15/1587, S. 7 ff. (8); die Nichteinbeziehung von „Leistungsträgern“ in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG; die Beschränkung der Überprüfung einer Bewertung auf der Grundlage kollektivvertraglicher Festlegung nach § 1 Abs. 4 Satz 1 KSchG (nun wieder in der Wortlautfassung von 1996); die sog. Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG; sowie § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG mit der Anhebung des Schwellenwertes auf 10 Arbeitnehmer, allerdings in einer den Bestandschutz der Arbeitsverhältnisse bis zum 31.12.2003 sichernden Regelung.

<sup>7</sup> Unter Berücksichtigung des Anrechnungsschlüssels bei Teilzeitbeschäftigten nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG ist die Schwelle, genau genommen, ab 10,25 regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern (bei Stückelung von 0,5 und 0,75) überschritten.

<sup>8</sup> Ziel ist nach der Gesetzesbegründung größere Rechtssicherheit, BT-Drs. 15/1204, S. 8, re. Sp. Das letztgenannte Merkmal ist erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/1587 vom 24.9. 2003, S. 8, aufgenommen worden.

<sup>9</sup> „Sind bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.“ Nach Auffassung des Gesetzgebers hat sich diese Regelung, die § 125 der Insolvenzordnung entspricht, „in der Praxis unter dem Gesichtspunkt der Rechts- und Planungssicherheit für alle Beteiligten bewährt“, BT-Drs. 15/1204, S. 9.

bis zum Ablauf der Frist zur Klageerhebung (drei Wochen nach Zugang der Kündigung) keine Kündigungsschutzklage erhoben wird. Die umstrittene rechtsdogmatische Einordnung dieser Vorschrift (gesetzlicher Anspruch? Rechtsgeschäftlich begründeter Anspruch?), zahlreiche arbeitsrechtliche Einzelfragen, sowie die sozialrechtlichen Folgen der Geltendmachung eines solchen Abfindungsanspruchs (Sperrzeit?) (Grobys 2003; Löwisch 2003, S. 693 ff.; Preis 2003; Thüsing/Stelljes 2003, S. 1677 ff.) lassen nachhaltiges Interesse bei DoktorandInnen und HabilitandInnen des Arbeitsrechts erwarten; – schließlich Verfahrensvorschriften, wie die Einführung einer allgemeinen Klagefrist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung. Dazu im Einzelnen unter 3.5.

Es steht bei diesen Änderungen außer Zweifel, dass die Änderungen auf die Handhabung des Gesetzes im technischen Sinne – also durch RichterInnen und RechtsanwältInnen – Einfluss nehmen werden. Eine ganz andere Frage ist, ob die Änderungen zu mehr Einstellungen führen werden und ob sie das Recht besser handhabbar machen. Dies waren die für die Reform angegebenen Gründe. Ausgehend von dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnis spricht viel dafür, dass das Gesetz keine nennenswerte beschäftigungspolitische Wirkung haben wird. Möglicherweise wird es jedoch das Klageaufkommen verringern und das arbeitsgerichtliche Verfahren vereinfachen.

## 3 Mögliche Auswirkungen der Reform des Kündigungsschutzgesetzes

### 3.1 WIRKUNGEN DER ANHEBUNG DES SCHWELLENWERTES NACH § 23 ABS. 1 S. 2 UND 3 KSchG

#### VERÄNDERTES VERHALTEN DER BETRIEBE?

Infolge der Anhebung des Schwellenwertes kann die Zahl der vom KSchG nicht erfassten Beschäftigten von 3,5 Mio., entsprechend 13 % der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, auf bis zu 6,5 Mio. Personen ansteigen. Das entspricht gegenwärtig

25 % der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten. Die genaue Zahl ist nicht ermittelbar, da nur die seit dem 1. Januar 2004 neu eingestellten Personen bis zur Größengrenze von zehn Beschäftigten nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen. Die Zahl derer, die aus dem Schutz des KSchG herausfallen, wird sich daher mit der Zeit langsam erhöhen.

Hinsichtlich der beschäftigungspolitischen Zielsetzung der Kündigungsschutzreform ist zu beachten, dass dem neuen Gesetz zurechenbar allein diejenigen Neu-einstellungen sind, die von Kleinbetrieben im Größenbereich von sechs bis zehn Beschäftigten<sup>10</sup> vorgenommen werden und die ohne die Anhebung der Geltungsschwelle des KSchG nicht vorgenommen worden wären. Diese Zahl ist schwer abschätzbar.

Gegen einen spürbaren Beschäftigungseffekt sprechen jedoch mehrere Erkenntnisse. Zum ersten war die unter weitgehend gleichen Geltungsbedingungen durch das Arbeitsrechtliche BeschFG vom September 1996 bis zum Jahresende 1998 erreichte Beschäftigungswirkung an der Gesamtbeschäftigung nicht ablesbar. Gesetzesbegleitende Forschung hat nicht stattgefunden. Nach einer Schätzung des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks aus dem Jahr 1997 nahmen lediglich 5,1 % der Handwerksbetriebe zwischen fünf und neun Beschäftigten nach Absenkung des Schwellenwertes Einstellungen vor und bewirkten damit hochgerechnet insgesamt 20.000 Neueinstellungen, wobei hier auch Betriebe mit 10–19 Beschäftigten mitgezählt waren, die angaben, aufgrund der Anhebung des Schwellenwerts neue Arbeitsplätze geschaffen zu haben (Ridinger 1997, S. 6). Ausschlaggebend für diese Neu-einstellungen sei jedoch in erster Linie die konjunkturelle Situation und nicht die Anhebung des Schwellenwertes gewesen.

Auch wurde ein beschäftigungshemmender Effekt des Schwellenwertes bislang nicht nachgewiesen. In allen Untersuchungen zeigten Betriebe kurz unter der Schwelle kein anderes Einstellungsverhalten als Betriebe kurz über der Schwelle (Friedrich/Häggele 1997; Wagner et al. 2001; Pfarr et al. 2003b).

Analysen auf der Basis des IAB-Betriebspanels haben ergeben, dass die Heraufsetzung des Schwellenwertes in der Zeit zwischen 1996 bis 1998 lediglich dazu führte, dass die Zahl befristeter Beschäftigter in der Betriebsgrößenklasse sechs bis zehn

Beschäftigte sank (Hagen/Bookmann 2002, S. 225).

Ein weiteres Argument gegen einen spürbaren Beschäftigungseffekt ist die überraschende Erkenntnis, dass rund zwei Drittel der Personalverantwortlichen in Kleinbetrieben mit eins bis fünf Beschäftigten, die bislang nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterlagen, tatsächlich annahmen, sie seien vom KSchG erfasst (Pfarr et al. 2003a, S. 2061). Diejenigen Kleinbetriebe, die die Nichtgeltung des Kündigungsschutzgesetzes für sich richtig einschätzten, stellten allerdings nicht weniger und nicht mehr ein als diejenigen, die annahmen, der Kündigungsschutz gelte für sie – ein weiterer Beleg für die fehlende Beschäftigungswirkung des Schwellenwertes (Pfarr et al. 2003a, S. 2288).

Möglicherweise erweitert die Änderung aber den Kreis derer, die fälschlicherweise annehmen, dass sie unter den Kündigungsschutz fallen. Denn auch wenn die Debatte um den Schwellenwert möglicherweise eine aufklärende Wirkung hatte: Die jetzige Regelung ist komplizierter als die alte. Eine Beschäftigungswirkung wird sie wohl kaum haben.

Ebensowenig wie die Geltung oder Nicht-Geltung Einfluss auf das Einstellungsverhalten hat, ist es ferner unwahrscheinlich, dass das Fehlen des Kündigungsschutzes zu einer erhöhten Zahl von Kündigungen führt. Dies gilt vor allem dann, wenn man davon ausgeht, dass betriebliches Beschäftigungsverhalten nicht in erster Linie durch Recht gesteuert wird (Bradtko et al. in diesem Heft). Maßgeblich ist vielmehr die wirtschaftliche Lage, das strategische Verhalten des Betriebs, die Konkurrenz- und Marktsituation etc.. Eine prohibitive Wirkung des KSchG konnte bislang nicht nachgewiesen werden (Pfarr et al. 2004a).

#### WIRKUNGEN IM HINBLICK AUF BESCHÄFTIGTE

Wie die Heftigkeit der um den Kündigungsschutz geführten Debatte belegt, hat dieser eine erhebliche psychologische Wirkung. Diese zu untersuchen würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen. Auszu-

<sup>10</sup> Gerechnet in Vollzeitstellen. Die tatsächliche Zahl der Arbeitnehmer kann bei Teilzeitverhältnissen aufgrund der dann nur teilweisen Anrechnung nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG höher liegen.

gehen ist jedoch davon, dass Beschäftigungssicherheit die Motivation der Beschäftigten und ihre Identifikation mit dem Unternehmen erhöht. Beides führt zu größerer Bereitschaft, in betriebsspezifisches Humankapital zu investieren, und damit zu höherer Effizienz der geleisteten Arbeit (Dörsam 1997, S. 63 f.). Aber auch hier ist davon auszugehen, dass Beschäftigungssicherheit nicht lediglich durch ein Gesetz entsteht, sondern möglicherweise auch von Verhaltenskodizes in den Betrieben bestimmt wird.

#### WIRKUNGEN IM HINBLICK AUF KLAGEHÄUFIGKEIT UND KLAQEQUOTE

Die Klagequote beschreibt den Anteil derjenigen gekündigten ArbeitnehmerInnen, die sich gegen die Kündigung mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht zur Wehr setzen. Mit der Klage begehren sie die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Einen Anspruch auf Abfindung gibt es im deutschen Arbeitsrecht – entgegen häufiger Annahmen (Hagen/Bookmann 2002, S. 203) – nicht. Die Anhebung der Geltungsschwelle verringert für eine zurzeit nur schwer bestimmbare Zahl von Beschäftigten den Schutz vor Entlassungen auf das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß.

Die Klagequote ist allerdings erstaunlich niedrig und im Zeitverlauf erstaunlich stabil. Sie betrug für das Jahr 1978 bei guter wirtschaftlicher Lage rund 8 % (Falke et al. 1981, Band I, S. 367 und Band II, S. 607, Tab. IV/48). Mehr als 20 Jahre später bei schlechter wirtschaftlicher Lage lag sie bei 11 bis höchstens 15 % (Pfarr et al. 2004b, S. 106). Die Arbeitsmarktsituation beeinflusst das Klageverhalten von Gekündigten (Frick/Schneider 1999, S. 24), da mit sinkender Aussicht auf einen neuen Arbeitsplatz der Wunsch nach dem Erhalt des alten Arbeitsplatzes steigt.

Die Klagequote in Betrieben mit einem bis fünf Beschäftigten lag 2001 bei 7 % im Gegensatz zu 17 % in Betrieben mit 6–49 Beschäftigten (Pfarr et al. 2004b, S. 106, Abbildung 1). Geht man davon aus, dass die niedrige Klagequote darauf zurückzuführen ist, dass das KSchG in diesen Betrieben nicht gilt, könnte die Anhebung der Geltungsschwelle zu einer Verringerung der Klagequote führen. Es ist allerdings keineswegs gesichert, dass die geringe Klagequote durch die Nichtgeltung des KSchG

verursacht ist. Dagegen spricht, dass die Klagequote über die Betriebsgrößenklassen stetig ansteigt. In Betrieben mit mehr als 50 Beschäftigten liegt sie bei 23 % (Pfarr et al. 2004b, S. 106, Abbildung 1), wobei diese Zahl möglicherweise etwas zu hoch ist, da hier die Zahl der Klagen, falls die genaue Zahl von dem befragten Personalleiter nicht mehr erinnert wurde, geschätzt werden sollte. Die MPI-Studie von 1978–1981 errechnete eine Klagequote von 5,7 % für Betriebe mit bis zu 20 Beschäftigten (Falke et al. 1981, Band II, S. 607, Tab. IV/48). Dem stand in Großbetrieben mit mehr als 1.000 Beschäftigten eine Klagequote von 15,6 % gegenüber, also eine etwa dreifach höhere Klagebereitschaft. Der Anstieg der Klagequote bei den Betrieben über fünf Beschäftigten ist mit dem KSchG nicht zu erklären. Es liegt näher, dass die geringe Quote in den Kleinstbetrieben andere Gründe hat, beispielsweise das enge Verhältnis zum Arbeitgeber.

Wahrscheinlich ist daher, dass die Änderungen insgesamt keinen großen, möglicherweise sogar *keinen* Einfluss auf die Klagehäufigkeit haben, so Löwisch (2003, S. 693), der der Regelung „die Aussicht auf einen begrenzten Erfolg nicht von vornherein absprechen“ will.

#### 3.2 DIE KONKRETISIERUNG DER SOZIALEN GESICHTSPUNKTE BEI DER SOZIALAUSWAHL

Wie 1996 hat der Gesetzgeber den unbestimmten Rechtsbegriff der „sozialen Gesichtspunkte“ bei einer betriebsbedingten Kündigung durch feste Merkmale ersetzt. Zu den drei Merkmalen „Dauer der Betriebszugehörigkeit“, „Lebensalter“ und „Unterhaltpflichten“ ist nunmehr die „Schwerbehinderung des Arbeitnehmers“ hinzugekommen.<sup>11</sup> Begründet hat der Gesetzgeber die Rückkehr zur geschlossenen Regelungsform des Jahres 1996 damit, dass die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen eine Quelle von Rechtsunsicherheit sei. Berücksichtige nämlich ein Arbeitgeber bei der Auswahl der zu kündigenden ArbeitnehmerInnen mit vergleichbarer Tätigkeit soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend, könnten sich alle in diesem Zusammenhang gekündigten sozial schwächeren Beschäftigten hierauf berufen. Die Arbeitsgerichte entschieden nach unterschiedlichen Maßstäben, die für den Arbeitgeber im Einzelfall schwer vorhersehbar seien.

Die Einschränkung der Sozialauswahl wurde auch von den im Pretest<sup>12</sup> des Forschungsprojektes „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis“ befragten ArbeitsrichterInnen überwiegend befürwortet. Sie hat allerdings, wie jede normative Schließung, den dagegen abzuwägenden Nachteil einer geringeren Offenheit für andere, ebenfalls soziale, mit den genannten Merkmalen jedoch nicht deckungsgleiche Erwägungen (wie z. B. eingeschränkte Gesundheit der Beschäftigten, frühere Tätigkeit in Organen der betrieblichen Mitbestimmung, Krankheit oder Arbeitslosigkeit des Ehegatten oder der LebenspartnerIn, besondere Belastung durch Alleinerziehung, die Berücksichtigung der Pflege von Angehörigen, u. ä.) (Dorndorf 1998, § 1 Rn. 1062 f.). Mit der Rückkehr zum Modell der festgelegten Merkmale für die Sozialauswahl kommt auch wieder die Kritik an der tatsächlich ungleichen Wirkung auf die Auswahl von Frauen und Männern zum Tragen. Typischerweise erreichen erwerbstätige Frauen aufgrund familienbedingter Unterbrechungen ihrer Erwerbsverläufe nicht die Betriebszugehörigkeit vergleichbarer männlicher Kollegen. Ihre Erwerbszeiten sind insgesamt geringer (Bundesregierung 2002, S. 3). Frauen haben außerdem seltener Unterhaltsverpflichtungen.

In die soziale Auswahl sind Beschäftigte nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer

<sup>11</sup> Zum gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund der Gleichstellungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000, ABl. Nr. L 303, siehe Löwisch (2003, S. 689–695 (691).

<sup>12</sup> Zur Überprüfung der Tauglichkeit der Erhebungsinstrumente für die Hauptstudie wurde in der Zeit vom 1.3.–22.7.2003 ein so genannter Pretest durchgeführt. Dabei sollte die Auswahl der Fraugethemen überprüft und ein erstes Meinungsbild der Richterschaft zur Wirksamkeit des geltenden arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes ermittelt werden. Insgesamt erhielten 29 RichterInnen der Arbeitsgerichtsbarkeit in fünf ausgewählten Untersuchungsregionen (Bayern, Berlin, Hamburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen) jeweils einen Richterfragebogen und ein ausgewähltes Aktenauswertungsschema zur Ausfüllung. Ergänzend zur schriftlichen Befragung wurden Leitfadeninterviews mit den RichterInnen geführt. – Wir danken den Diplom-Soziologinnen *Astrid Beier* und *Claudia Erthal* an der Martin-Luther-Universität Halle für die Auswertung der Erhebungsbögen im Rahmen des Pretests.

Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.<sup>13</sup> Mit der Rückkehr zur Herausnahme von „Leistungsträgern“ aus dem Kreis der betriebsbedingt zu Kündigenden wollte der Gesetzgeber im Interesse der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Betriebes die betrieblichen Erfordernisse gegenüber sozialen Gesichtspunkten betonen. Ausdrücklich klargestellt wird damit nach Auffassung des Gesetzgebers, dass betriebsbedingte Kündigungen nicht zur Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit führen müssen.

Die mit der Fassung des Arbeitsrechtlichen BeschFG von 1996 wortgleiche Tatbestandsfassung in der reformierten Norm lässt eine Fortführung von zwei juristischen Streitfragen erwarten. Die erste Streitfrage betrifft das Verhältnis der „Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes“ zur Altersstruktur der Belegschaft. Lässt sich eine starke, vorrangige oder gar ausschließliche Berücksichtigung der Altersstruktur mit dem Senioritätsschutzprinzip vereinbaren (Dorndorf 1998, § 1 Rn. 1109; Löwisch 2003, S. 691)?<sup>14</sup> Die zweite Streitfrage erschließt sich aus dem Vergleich dieser Norm mit dem Wortlaut der Maßgabenregelung in § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO, wonach die soziale Auswahl von Beschäftigten in einem Interessenausgleich zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat nicht als grob fehlerhaft anzusehen ist, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten *oder geschaffen* wird (Hervorhebung von uns – Verf.). Darf im Rahmen der regulären Sozialauswahl eine ausgewogene Personalstruktur nur gesichert werden oder darf die bisherige Personalstruktur im Zuge betriebsbedingter Kündigungen auch verbessert werden?<sup>15</sup> Gerade der dem Gesetzgeber des Jahres 2003 bekannte sprachliche Unterschied in der Fassung der beiden Tatbestände und die Kenntnis von mehreren Jahren Debatte und Rechtsprechung zu dieser Frage sprechen deutlich für Sicherung und gegen Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur im Rahmen der Sozialauswahl (Löwisch 2003, S. 691). Hinzuweisen bleibt darauf, dass sich die Leistungsträgerregelung zulasten von Arbeitnehmerinnen auswirken kann. Der Grund liegt nicht in geringerer Leistungsfähigkeit oder Leistungsbereitschaft von Frauen, sondern in der in typischen weib-

lichen Erwerbsverläufen und Arbeitsbedingungen – wie Teilzeitarbeit und wenige Führungspositionen (Bundesregierung 2002, S. 2) – angelegten geringeren Chance, Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen in einem solchen Maße für den Betrieb entwickeln, dass hieraus im Krisenfall ein berechtigtes betriebliches Interesse an Weiterbeschäftigung erwächst.

### 3.3 EINGESCHRÄNKTE ÜBERPRÜF-BARKEIT BEI BEWERTUNGSRICHT-LINIEN UND NAMENSLISTEN NACH § 1 ABS. 4 UND 5 BETRVG

Wieder eingeführt hat der Gesetzgeber mit Wirkung ab dem 1. Januar 2004 die Namensliste. Werden die zu Kündigenden in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, dann wird gesetzlich vermutet, dass bei Kündigungen aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG dringende betriebliche Erfordernisse vorlagen, die Kündigungen also gerechtfertigt sind. Unter dieser Voraussetzung kann die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Regelung verknüpft somit eine Tatsachenvermutung (dringende betriebliche Erfordernisse) mit der Einschränkung des Prüfmaßstabes für die Sozialauswahl.<sup>16</sup> Die nach dem Vorbild des § 125 InsO geschaffene Namensliste hat sich als „vertrackt“ erwiesen (Kothe 1998). Ein Indiz hierfür bieten die immerhin 81 Rechtsstreitigkeiten, die für den Zeitraum 1998 bis 2002 mit Bezug zur Namensliste in dem Datenbanksystem „Juris“ erfasst sind. Das ist in Anbetracht der kurzen Geltungsdauer dieser Fassung des KSchG von 1996 bis 1998 beachtlich viel Streitstoff, vor allen Dingen, wenn bedacht wird, dass die Häufigkeit durch die vier tatbestandlichen Voraussetzungen erheblich eingeschränkt ist: das Bestehen eines Betriebsrates,<sup>17</sup> eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG, die Ursächlichkeit der Betriebsänderung für die Kündigung(en) und das Vorliegen eines Interessenausgleichs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die geplante Betriebsänderung.

Es gibt wenig Grund zu der Annahme, dass die Rechtslage zur Namensliste aufgrund der prozessreichen Vorgeschichte nunmehr geklärt sei und die Regelung allseits akzeptiert werde. Der für Kündigungen zuständige 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Entscheidung vom

7. Mai 1998 mit Blick auf die Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass der Beurteilung der Betriebspartner für die Richtigkeit der Auswahl aus Gründen der Rechtssicherheit eine hohe Präferenz eingeräumt werde.<sup>18</sup> Nur eine Gewichtung, die jegliche Ausgewogenheit vermissen lässt, verfällt dem Verdikt der groben Fehlerhaftigkeit.<sup>19</sup> Daran, dass eine so mitbestimmte Sozialauswahl eine Richtigkeitsgewähr in sich birgt, kann jedoch gezweifelt werden. Die inhaltliche Qualität hängt wesentlich von der Güte und Kontrollfähigkeit der Mitbestimmung im jeweiligen Betrieb ab. Hinter ein und derselben Form – der Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG – können sich sehr unterschiedliche Qualitäten ihres Zustandekommens verbergen. Unter günstigen Bedingungen mag der In-

13 Im Vergleich zu 1996 hat sich der Anwendungsbereich der Regelung infolge der Bezugnahme des Schwellenwertes von 20 Arbeitnehmern in § 111 BetrVG auf das Unternehmen, nicht mehr den Betrieb, mittelbar erweitert, vgl. Löwisch (2003, S. 692); Löwisch/Kaiser (2002, § 111 Rn. 25).

14 Vgl. BAG 23.11.2000 AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung (Zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur bei Erzieherinnen).

15 Nach BAG a.a.O., unter III.4.c) der Gründe, beinhaltet Sicherung nicht Verbesserung der bisherigen Personalstruktur; ebenso HK-KSchG/Dorndorf (1998, 2. Aufl., § 1 Rn. 1110); KR/Etzel (1998, § 1 KSchG Rn. 655); KR/Etzel (2002, § 1 KSchG Rn. 678).

16 Zu Einzelheiten siehe KR/Etzel (1998, § 1 KSchG Rn. 742 ff.); HK-KSchG/Dorndorf (1998, 2. Aufl., § 1 Rn. 1158 ff.) – mit Zweifeln an der verfassungsrechtlichen Bestandsfähigkeit der Regelung im Hinblick auf die Rechtsweggarantie, die Kompetenz der Betriebsparteien und einem Einzelfallgesetz vergleichbare Wirkung.

17 Betriebs- und Personalräte sind gegenwärtig in rund 15 % aller betriebsrats- bzw. personalratsfähigen Betriebe und Verwaltungen in Deutschland gewählt; siehe die auf dem IAB-Betriebspanel beruhenden Angaben bei Schäfer (2001, S. 75); WSI-Projektgruppe (1998, S. 653 ff. (667), Tabelle 8). Bei Beschränkung auf Betriebsräte in privatwirtschaftlichen Betrieben kommen neuere Untersuchungen zu deutlich niedrigeren Anteilen. So geben Dorsch-Schweizer/Schulzen (2001, S. 113) für 1999 insgesamt 11 % der Betriebe mit Betriebsrat und 48 % der Beschäftigten mit Betriebsrat an; dieselben Werte teilt Ellguth (2003, S. 194–199) auch für 2002 mit. Für 1978 ermittelten Falke et al. (1981, Band I, S. 48, 51, 167), einen Anteil von rund 17 % Betriebsräten an allen betriebsratsfähigen Betrieben mit 66 % aller Beschäftigten.

18 BAG 7.5.1998 ArbuR 1998, 247.

19 BAG 2.12.1999 NZA 2000, 531, unter II 2 a der Gründe.

teressenausgleich mit Namensliste einen ausgehandelten Kompromiss darstellen, der einen höheren Grad von Richtigkeit und Gerechtigkeit verbürgen kann als die alleinige Auswahlentscheidung des Arbeitgebers. Unter ungünstigen Bedingungen erhält eine inhaltlich fragwürdige und ungerechte Auswahl von zu kündigenden ArbeitnehmerInnen auch noch die schriftlich dokumentierte Billigung des Betriebsrates. In Anbetracht des empirisch belegbaren Zusammenhangs zwischen Klagebereitschaft Gekündigter und Stellungnahme des Betriebsrates (Falke et al. 1981, Band I, S. 394, Band II, S. 740 f.) darf die Akzeptanzwirkung einer von beiden Betriebsparteien unterzeichneten Namensliste nicht unterschätzt werden – eine Akzeptanz für ein möglicherweise ungerechtes Ergebnis. Angesichts der geringen Chance der Gekündigten, eine Namensliste erfolgreich vor Gericht anzugreifen, ist dies eine fragwürdige Änderung. Mehr Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auch für die Beschäftigten hätte dadurch geschaffen werden können, dass nicht nur die zu Kündigenden, sondern auch die der Auswahl zugrunde liegenden Kriterien schriftlich fixiert werden müssen.

### 3.4 DER NEUE ABFINDUNGS-ANSPRUCH BEI BETRIEBSBEDINGTER KÜNDIGUNG

Der Begriff der Abfindung wird vom Gesetzgeber oft synonym für „Entschädigung“ gebraucht (Spilger 2002, § 10 KSchG Rn. 10). Er umfasst die beiden Hauptfunktionen der Entschädigung und der Abgeltung für überflüssig gewordenes Humankapital, soll aber darüber hinaus durch die Zahlungsbelastung für den Arbeitgeber auch präventiv wirken und leichtfertig erklären ordentlichen Kündigungen vorbeugen (Spilger 2002).<sup>20</sup>

In der Rechtswirklichkeit kommt es weitaus seltener zur Zahlung von Abfindungen als es eine interessierte öffentliche Debatte bislang wahrnehmen wollte: Nur 15 % aller Gekündigten erhielten nach einer im Jahr 2001 im Auftrag des WSI durchgeführten Untersuchung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen eine Abfindung (Bielenksi et al. 2002, S. 81, Tabelle 2; Bielenksi et al. 2003, S. 242). Von denjenigen, die gegen die Kündigung vor dem Arbeitsgericht geklagt hatten, gaben 46 % an, mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung erhalten zu haben;

Die Mehrheit hatte demnach keine Abfindung erhalten. Die verbreitete Vorstellung vom Abfindungsautomatismus im Kündigungsschutzverfahren hat nach diesen Daten keine empirische Grundlage. Richtig ist allerdings, dass der Abfindungsvergleich im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren eine häufige Form der Verfahrensbeendigung ist. Nach den zwischen 1978 und 1981 erhobenen repräsentativen Daten wurden 60 % aller Klagen in Kündigungssachen im Jahr 1978 durch gerichtliche Vergleiche erledigt (Falke et al. 1981). Von diesen beinhaltete die deutliche Mehrzahl die Zahlung einer Abfindung. Die Quote derer, die durch den Gang zum Arbeitsgericht ihren Arbeitsplatz erhalten konnten, lag zwischen 1978 und 1981 bei 9 %, Vergleiche eingeschlossen (Falke et al. 1981). Auf die Frage, in wie viel Prozent der von ihnen bearbeiteten Kündigungsstreitigkeiten der Bestand eines Arbeitsverhältnisses schätzungsweise tatsächlich endgültig gesichert werden kann, antworteten 15 von 17 im Pretest 2003 befragten RichterInnen am Arbeitsgericht und alle sechs befragten RichterInnen am Landesarbeitsgericht, dies geschehe in maximal 10 % der Fälle. Die Hauptursache sahen die RichterInnen in der Belastung des Verhältnisses zum alten Arbeitgeber. Weiterhin häufig angegeben wurde ein überwiegendes Interesse der KlägerInnen an einer Abfindung.

„Aus Gründen der Flexibilität und Praxisnähe“ hat der Reformgesetzgeber im Dezember 2003 die kündigungsrechtlichen Regelungen bei betriebsbedingter Kündigung durch einen gesetzlichen Abfindungsanspruch der ArbeitnehmerInnen nach § 1a KSchG ergänzt. Folgt man der Prognose des Gesetzgebers, müsste diese gesetzliche Innovation zu einer deutlichen Verkleinerung der Klagemenge führen. Der Gesetzgeber sieht die hauptsächlichen Vorteile des neuen Abfindungsanspruchs darin, dass ArbeitnehmerInnen nicht mehr den Weg über eine Kündigungsschutzklage gehen müssen, um eine Abfindung zu erhalten. Insgesamt werde die außergerichtliche Streitbeilegung die Arbeitsgerichtsbarkeit entlasten.

Ob der Gesetzgeber mit dieser Prognose Recht behalten wird, muss die Entwicklung zeigen. Eine gewisse Entlastungswirkung wird man annehmen können. Sie dürfte aber gering ausfallen. Denn es ist fraglich, ob Arbeitgeber massenhaft von dieser Regelung Gebrauch machen werden, vor allem, wenn sie annehmen, dass sie die

Kündigung auch „umsonst“ durchführen können. Die RichterInnen im Pretest gaben an, es komme vor allen Dingen deshalb selten zur Weiterbeschäftigung, weil Beschäftigte gegen Zahlung einer Abfindung trotz für sie günstiger Rechtslage auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses verzichten. 11 von 16 RichterInnen am Arbeitsgericht gaben auf die Frage, wie hoch der Anteil derjenigen Abfindungsvergleiche sei, denen nach vorläufiger Einschätzung des Gerichtes eine unwirksame Kündigung zu Grunde lag, 70 % und mehr an. Bei den Landesarbeitsgerichten gaben 5 von 8 Richtern 60 % und mehr an. Dies deutet darauf hin, dass Arbeitgeber häufig erst dann bereit sind zu zahlen, wenn ihnen „die Pistole auf die Brust“ gesetzt wird. Viele Abfindungen werden ohnehin erst gezahlt, wenn es zum Prozess kommt (Bielenksi et al. 2003).

Außerdem betreffen die Änderungen lediglich betriebsbedingte Kündigungen, gegen die ohnehin seltener geklagt wird. 2001 lag die Klagequote gegen betriebsbedingte Kündigungen bei knapp 10 %, gegen personen- und verhaltensbedingte Kündigungen bei gut 12 %. Allerdings hat sich im Verlauf der vergangenen 25 Jahre das Zahlenverhältnis zwischen personen- und verhaltensbedingten Kündigungen des Arbeitgebers einerseits, betriebsbedingten Kündigungen andererseits zugunsten eines Zwei-Drittel-Anteils von letzteren umge-

20 Das Kündigungsschutzgesetz gebraucht den Begriff der Abfindung in den §§ 9 und 10 KSchG. Stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat das Gericht nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlungen einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Die gleiche Entscheidung hat das Gericht nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers zu treffen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Nach § 10 Abs. 1 KSchG ist als Abfindung ein Betrag bis zu zwölf Monatsverdiensten festzusetzen. Die Abfindung erfüllt hier den Zweck eines Ausgleichs für den Verlust des Arbeitsplatzes trotz Vorliegens einer sozialwidrigen Kündigung (Spilger 2002, § 10 KSchG, Rn. 11). Vgl. zum legislativen Grundmodell, das in den §§ 9 Abs. 1 S. 1, 10 KSchG zum Ausdruck kommt, Spilger (2002, § 10 KSchG Rn. 23).

kehrt.<sup>21</sup> Diese Umkehrung könnte auf einen Umgehungeffekt hinweisen: In Wahrheit liegen betriebsbedingten Kündigungen gelegentlich personenbezogene Gründe zugrunde. Da die Betroffenen dies vermuten, klagen sie auch häufiger gegen solche angeblich betriebsbedingten Kündigungen. „Echte“ betriebsbedingte Kündigungen sind weniger streitanfällig. Die Vereinfachung der Durchführung von betriebsbedingten Kündigungen wird auch deshalb wohl keinen starken Rückgang der Klage- und Erledigungszahlen nach sich ziehen. Zunächst könnte sogar eine gegenläufige Entwicklung stattfinden. Der neu eingeführte gesetzliche Abfindungsanspruch wirft eine Reihe von Zweifelsfragen auf (Beispiele bei Preis 2003, S. 73 f.). Sie könnten zunächst zu erhöhtem Streit- und Klärungsbedarf führen. Das neue Verfahrensangebot für betrieblich bedingte Kündigungen wird diese für Arbeitgeber teurer machen (Höland 2003, S. 52). Gerade im Bereich kürzerer Betriebszugehörigkeiten werden in der Praxis häufig Abfindungen gezahlt, die unter der nun festgelegten Summe von einem halben Monatsgehalt pro Beschäftigungsjahr liegen (Pfarr et al. 2004b, S. 108). Unklar ist daher, wie häufig Betriebe von dieser Regelung Gebrauch machen werden.

### 3.5 VEREINHEITLICHUNG DER KLAEGEERHEBUNGSPERIODEN

Wer gegen eine Kündigung Klage erheben will, muss dies seit dem Inkrafttreten des reformierten Kündigungsschutzgesetzes in allen Fällen der Rechtsunwirksamkeit innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung tun. Begründet hat der Gesetzgeber die einheitliche Klagefrist von drei Wochen mit dem „Interesse

einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht“. Voraussetzung ist allerdings eine *schriftliche* Kündigung. Will der Gekündigte eine vom Arbeitgeber lediglich mündlich erklärte Kündigung angreifen, so ist er bzw. sie weiterhin nicht an die Frist von drei Wochen gebunden (Eberle 2003).

Die Verallgemeinerung der Klagefrist ist in der Literatur allgemein auf Zustimmung gestoßen (Löwisch 2003, S. 693; Preis 2003, S. 77; Thüsing/Stelljes 2003, S. 678). In der Arbeitsgerichtsbarkeit wird – auch nach den Erkenntnissen des Pretests – die Neuregelung begrüßt, allerdings mit der berechtigten Frage verbunden, warum die Klagefrist nicht – wie auch sonstige prozessuale Hauptfristen – auf einen Monat angehoben worden ist (Bund der Richterinnen und Richter 2003, S. 10).

Spürbare Auswirkungen der Vereinheitlichung der Klagefrist für alle schriftlichen Kündigungen sind nicht zu erwarten. Zwar gehört die Anwendung der Klagefristregelung zu den quantitativ gewichtigen Streitschwerpunkten des Kündigungsrechts (das Datenbanksystem „Juris“ verzeichnet hierzu auf dem Stand 10. Februar 2004 insgesamt 669 Streitigkeiten). Praktische Bedeutung haben insbesondere die Folgen der Fristversäumnis und die Zurechenbarkeit des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten für die Säumnis. Aber diese Problematik stellt sich grundsätzlich bei jeder Klagefrist, ungeachtet ihrer Länge.

## 5 Schluss

Es ist wenig wahrscheinlich, dass die Änderungen im Kündigungsschutzgesetz zu

zusätzlichen Neueinstellungen führen werden. Hiergegen sprechen Forschungsergebnisse zu früheren Änderungen des Gesetzes und allgemein zum Einfluss des Arbeitsrechts auf den Arbeitsmarkt. Eine beschäftigungshemmende Wirkung der Geltungsschwelle des KSchG konnte bisher nicht nachgewiesen werden. Die Frage, unter welchen Bedingungen und aus welchen Gründen Betriebsleitungen Einstellungen vornehmen oder unterlassen, wird erst allmählich Gegenstand betrieblicher Motivationsforschung.

Möglicherweise wird das Klageaufkommen vor den Arbeitsgerichten zurückgehen, wenn die Betriebe von dem neuen Verfahrensangebot einer Abfindung Gebrauch machen und die Gekündigten draufhin auf eine Klage verzichten. Unwahrscheinlich ist, dass die Klagequote allein deshalb sinkt, weil der Geltungsbereich des KSchG eingeschränkt wurde. Wahrscheinlich liegt der Grund für die geringere Klagequote in Kleinstunternehmen nicht in der fehlenden Geltung des KSchG, sondern im persönlichen Näheverhältnis zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten.

21 Bezogen auf das Jahr 1978 und die vier Jahre davor erfolgten rund zwei Drittel der arbeitgeberseitigen Kündigungen aus Gründen die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers lagen, siehe Falke et al. (1981, Band I, S. 64 ff., Tabelle I/15; Band II, S. 962); Falke/Höland (1997, S. 7). Demgegenüber belegen die Datenerhebungen des WSI einen Anteil von zwei Dritteln betriebsbedingten Kündigungen an allen arbeitgeberseitigen Kündigungen des Jahres 2001, Pfarr et al. (2004b, S.108).

# LITERATUR

---

- Bielenski, H./Hartmann, J./Mauer, A./Seifert, H.** (2002): Übergänge zu einem neuen Arbeitsplatz, in: WSI-Mitteilungen 8, S. 442–450
- Bielenski, H./Hartmann, J./Pfarr, H./Seifert, H.** (2003): Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen – Wahrnehmung und Wirklichkeit, in: Arbeit und Recht 3, S. 81–91
- Bradtke, M./Schramm, F./Fischer, N./Hübner, S./Zachert, U.** (2004): Personalpolitische Wirkungen von Arbeitsrechtsreformen: Empirische Befunde, in: WSI-Mitteilungen 3 (dieses Heft)
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit (BRA)** (2003): Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt“ vom 12. Juli
- Bundesregierung** (2002): Bericht zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, BT-Drs. 14/8952
- Dorndorf, E.** (1998). in: Heidelberger Kommentar zum KSchG, 2. Auflage, Heidelberg
- Dörsam, P.** (1997): Die Beschäftigungswirkung des Kündigungsschutzes aus Sicht institutionalistischer Arbeitsmarkttheorien, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Bd. 117, S. 55–84
- Dorsch-Schweizer, M./Schulten** (2001): T.: Betriebs- und Personalräte zwischen Belegschaft, Arbeitgeber und Gewerkschaft, in: WSI-Mitteilungen 2, S. 113–123
- Eberle, C.** (2003): Geltendmachung der Unwirksamkeit der mündlichen Kündigung, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 20, S. 1121–1126
- Ellguth, P.** (2003): Quantitative Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, in: WSI-Mitteilungen 3, S. 194–199
- Etzel, G.** (1998): in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 4. Auflage, Neuwied
- Etzel, G.** (2002): in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 5. Auflage, Neuwied
- Falke, J./Höland, A.** (1997): Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, ZERP-Diskussionspapier 2
- Falke, J./Höland, A./Rhode, B./Zimmermann, G.** (1981): Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn
- Frick, B./Schneider, M.** (1999): Zunehmende Konfliktregulierung durch Arbeitsgerichte? Eine ökonomische Analyse der Häufigkeit von Kündigungsschutzprozessen, Quint-Essensen, Trier; S. 1–27
- Friedrich, W./Hägele, H.** (1997): Ökonomische Konsequenzen von Schwellenwerten im Arbeits- und Sozialrecht sowie die Auswirkungen dieser Regelungen – Kurzfassung des Endberichts 1997
- Grobys, M.** (2003): Der gesetzliche Abfindungsanspruch in der betrieblichen Praxis, in: Der Betrieb 40, S. 2174–2177
- Hagen, T./Bookmann, B.** (2002): Determinanten der Nachfrage nach befristeten Verträgen, Leiharbeit und freier Mitarbeit: Empirische Analysen auf Basis des IAB-Betriebspansels, in: Bellmann, L./Kölling, A. (Hrsg.), Betrieblicher Wandel und Fachkräftebedarf, Nürnberg, S. 199–231
- Höland, A.** (2003): „Muss der Kündigungsschutz reformiert werden?“ Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im deutschen Arbeitsrecht – Überlegungen zur Kritik am Kündigungsschutz, in: Blank, M. (Hrsg.), Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung, Frankfurt am Main, S. 23–62
- Kothe, W.** (1998): Die vertrackte Namensliste, in: Betriebs-Berater 18, S. 946–954
- Kriebel, V.** (2000): in: Heidelberger Kommentar zum KSchG, 4. Auflage, Heidelberg
- Löwisch, M.** (2003): Die kündigungsrechtlichen Vorschläge der „Agenda 2010“; in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 13, S. 689–695
- Löwisch, M./Kaiser, D.** (2002): Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, Heidelberg
- Pfarr, H./Bothfeld, S./Kaiser, L./Kimmich, M./Peuker, A./Ullmann, K.** (2003a): REGAM-Studie: Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben, in: Betriebs-Berater 39, S. 2061–2063
- Pfarr, H./Bothfeld, S./Kaiser, L./Kimmich, M./Peuker, A./Ullmann, K.** (2003b): REGAM-Studie: Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverhalten der kleinen Betriebe?, in: Betriebs-Berater 43, S. 2286–2289
- Pfarr, H./Bothfeld, S./Kaiser, L./Kimmich, M./Peuker, A./Ullmann, K.** (2004a): REGAM-Studie: Hat das Kündigungsschutzgesetz präventive Wirkungen?, in: Betriebs-Berater 6, S. 325–329
- Pfarr, H./Bothfeld, S./Kaiser, L./Kimmich, M./Peuker, A./Ullmann, K.** (2004b): REGAM-Studie: Die Kündigungs-, Klage- und Abfindungspraxis in den Betrieben, in: Betriebs-Berater 2, S. 106–109
- Preis, U.** (2003): Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsrecht; in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 5, S. 252–259
- Ridinger, R.** (1997): Einfluss arbeitsrechtlicher Regelungen auf die Beschäftigungsentwicklung im Handwerk, Bonn, S. 1–16
- Schäfer, C.** (2001): Die WSI-Befragung von Betriebs- und Personalräten 1999/2000 im Überblick, in: WSI-Mitteilungen 2, S. 65–75
- Spilger, A. M.** (2002): in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, Neuwied, S. 663–698
- Thüsing, G./Stelljes, V.** (2003): Fragen zum Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, in: Betriebs-Berater 32, S. 1673–1681
- Wagner, J./Schnabel, C./Kölling, A.** (2001): Wirken Schwellenwerte im deutschen Arbeitsrecht als Bremse für die Arbeitsplatzbeschaffung in Kleinbetrieben?, in: Ehrig, D./Kalmbach, P. (Hrsg.), Weniger Arbeitslose – aber wie? Gegen Dogmen in der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik, Marburg, S. 177–198
- WSI-Projektgruppe** (1998): Ausgewählte Ergebnisse der WSI-Befragung von Betriebs- und Personalräten 1997/98, in: WSI-Mitteilungen 10, S. 653 ff.