

# Peter Stein

## Bestandsschutz und Agenda 2010

*Das Schicksal der Tarifautonomie ist offen. Noch ist nicht entschieden, ob und inwieweit Rot/Grün bei der Regelung »Betrieblicher Bündnisse für Arbeit« die zwingende Wirkung des Tarifvertrags antastet. Dass der Kündigungsschutz abgespeckt wird, ist hingegen beschlossene Sache. Die Regierungskoalition hat sich die Arbeitgeberthese, dass Kündigungsschutz den Arbeitsmarkt blockiere, zu Eigen gemacht. Im Rahmen der Agenda 2010 verabschiedete der Bundestag am 26. 9. 2003 mit den Stimmen von Rot/Grün das »Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt«. Der Aufschwung soll kommen.*

### I. Einleitung

Das deutsche Klagelied ist mit ökonomischen Halbwahrheiten und Fehldiagnosen gespickt, die fröhlich das Territorium der Tatsachen verlassen. Zu den beliebtesten Behauptungen zählt, die Lohnnebenkosten seien zu hoch<sup>1</sup> und der Sozialstaat sei zu fett geworden.<sup>2</sup> Den Arbeitsrechtler interessiert vor allem die These, dass der überdimensionierte Kündigungsschutz Wachstum behindere und Aufschwung abwürge.

Das KSchG von 1951, das jetzt zum Sündenbock gemacht wird, verbietet Kündigungen nicht schlechthin. Arbeitnehmer sind keine Lebenszeitbeamten. Sie sollen nur vor ungerechtfertigten Kündigungen geschützt sein. Im Visier des Gesetzes stehen allein willkürliche Entscheidungen.

Die Rechtsprechung in Kündigungsschutzsachen hat sich nicht gerade zu Ungunsten der Arbeitgeber entwickelt. So soll der Diebstahl einer noch so geringwertigen Sache (Verdacht der Entwendung eines Lippenstifts, Entwendung zweier Päckchen Tabak, Entwendung dreier Kiwi-Früchte, Verzehr eines Stücks Bienenstichs)<sup>3</sup> grundsätzlich geeignet sein, eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Bei der betriebsbedingten Kündigung soll die unternehmerische Entscheidung nur einer Missbrauchskontrolle unterzogen werden.<sup>4</sup> Bei einer personenbedingten Kündigung sollen Entgeltfortzahlungskosten als Kündigungsgrund akzeptiert werden.<sup>5</sup> Tatsache ist, dass mit dem Kündigungsschutzgesetz in der Bundesrepublik Deutschland ein erhebliches Maß an Wohlstand und sozialer Sicherheit entstanden sind. Die Annahme, typischerweise sei ein deutscher Arbeitgeber in Kündigungsschutzpro-

1 Deutschland weist eine niedrige Steuerquote und eine hohe Sozialabgabenquote auf. Mit 23,6 Prozent liegt die hiesige Steuerquote weit unter dem EU-Durchschnitt. Die Sozialabgabenquote übertrifft mit 18,5 Prozent den Durchschnitt der EU. Berechnungen der Deutschen Bundesbank zufolge liegt die deutsche Abgabenquote (das Verhältnis von Steuern und Sozialabgaben zum Bruttoinlandsprodukt) unter dem Durchschnitt der Länder in der Europäischen Union.

2 Seit 1975 ist die deutsche Staatsquote relativ konstant. Mit einem Anteil der Staatsausgaben von rund 49 Prozent am Bruttoinlandsprodukt gehört Deutschland in der Tat zu den Ländern mit einer hohen Staatsquote, nimmt damit aber in der EU mitnichten eine Spitzenposition ein. In der EU führt Schweden mit 58,8 Prozent, gefolgt von Dänemark mit 55 und Frankreich mit 54,6 Prozent. Auch in Österreich, Belgien und Finnland nimmt der Staat mehr Ressourcen in Anspruch als bei uns.

3 BAG AP Nr. 18 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG RZK I 6 d Nr. 7; BAG AP Nr. 80 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

4 Vgl. APS-Kiel, § 1 KSchG Rn. 463.

5 BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 47.

zesse verstrickt, ist verfehlt. Den meisten Firmen gelingt es, ihre Konflikte grundsätzlich intern zu regeln. Sie verfügen über tragfähige Kontakte zu Gewerkschaften und Betriebsräten und haben ein vernünftiges Verhältnis zu ihren Arbeitnehmern. Sie erscheinen vor Gericht allenfalls in gesondert gelagerten Einzelfällen. Es sind einerseits genau lokalisierbare technologische und ökonomische Umbrüche und andererseits überproportional häufig bestimmte Branchen (ambulante Pflegedienste, Gebäudereinigung, kleinere Leiharbeitsfirmen), die regelmäßige arbeitsgerichtlicher Hilfe bedürfen.

Es wäre kurzsichtig, auf die präventive und prohibitive Kraft des KSchG zu verzichten. Andererseits lohnt es sich, nüchtern zu prüfen, ob sich ökonomische Gegebenheiten oder auch Werthaltungen so verändert haben, dass ein ehemals passgenaues Gesetz mittlerweile nicht mehr optimal ist. Kritik am bestehenden Zustand ist unbestreitbar zum Teil berechtigt. Das Arbeitsrecht hat benutzerfeindliche Züge. Die wesentlichen Regelungen des Kündigungsschutzrechts haben sich im Wortlaut des KSchG versteckt. Vielen Arbeitgebern offenbaren sich die Geheimnisse des Kündigungsschutzrechts erst im Arbeitsgerichtsprozess. Diejenigen, die sich keine professionelle Hilfe leisten, sind überfordert. Wenn es gelänge, das Kündigungsschutzrecht punktuell effektiver zu gestalten, wäre – auch ohne beschäftigungsfördernde Effekte – Arbeitnehmern und Arbeitgebern gedient.<sup>6</sup>

## II. Kündigungsschutz und Arbeitsmarkt

Auch in Zeiten nachlassender Arbeitskräftenachfrage bewegt sich der Arbeitsmarkt erheblich. Von Erstarrung kann keine Rede sein.<sup>7</sup> Je nach Konjunkturlage werden jährlich zwischen 3,5 und 4,5 Mio. Beschäftigungsverhältnisse aufgelöst und etwa ebenso viele neu abgeschlossen. Dieser Umschlag entspricht einer Größenordnung von zwischen 10% und 13% der Gesamtbeschäftigung. Ebenso verändert sich der Personalbestand bei den Arbeitslosen ständig, auch wenn die Arbeitslosigkeit auf hohem Niveau verharret. Über 7,4 Mio. Personen haben sich im letzten Jahr bei den Arbeitsämtern arbeitslos gemeldet. Mehr als die Hälfte davon kam aus Erwerbstätigkeit. Gleichzeitig zählte die Statistik 7,2 Mio. Abgänge aus der Arbeitslosigkeit heraus, von denen gut 3 Mio. in Nichterwerbstätigkeit gingen.<sup>8</sup>

Aktuelle empirische Daten über beschäftigungspolitische Wirkung des Kündigungsschutzes fehlen für die Bundesrepublik. Immerhin zeigt eine OECD-Studie von 1999 zweierlei: Der Kündigungsschutz hat keinen messbaren Einfluss auf die Höhe der Arbeitslosigkeit, ist andererseits aber wohl doch von Bedeutung für die Beschäftigungsdynamik: Makroökonomisch dürfte er als Stabilisierungsfaktor wirken, weil weniger schnell gefeuert und weniger schnell geheuert wird.<sup>9</sup>

6 Genauso wäre es hilfreich, wenn der Gesetzgeber seiner Pflicht und Schuldigkeit (vgl. Art. 30 Absatz 1 Ziffer 1 des Einigungsvertrages vom 31.8. 1990) durch eine Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts nachkäme. Über 30 Millionen Arbeitnehmer haben Anspruch darauf, dass der Staat ein überschaubares, kalkulierbares Arbeitsrecht schafft und die Grundlagen der Arbeitsbeziehungen gesetzlich regelt.

7 Zur ökonomischen und rechtlichen Bewertung der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungseffekte arbeitsrechtlicher Schutzgesetze im Ländervergleich siehe die OECD-Studie »Employment Protection and Labour Market Performance«. Danach hat die Arbeitsschutzgesetzgebung nur einen schwachen oder keinen Einfluss auf die Höhe der Arbeitslosigkeit, verändert jedoch die Zusammensetzung der Arbeitslosigkeit. Stärkere Regulierung ist mit schwächerer Dynamik der Zu- und Abgänge in bzw. aus Arbeitslosigkeit und mit längerer Verbleibsdauer in Arbeitslosigkeit verbunden.

8 *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81 [82].

9 *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81 [82].

Die weitaus meisten Beendigungen von Arbeitsverhältnissen verlaufen konfliktfrei. Es kommt weder zu einem Widerspruch durch Betriebsräte oder zu Klagen vor dem Arbeitsgericht. Demzufolge entfallen in den meisten Fällen auch finanzielle Belastungen für die Unternehmen.<sup>10</sup>

Fast 40% aller Beendigungen liegt eine Kündigung durch Beschäftigte zugrunde. Bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sind Befristungen stark beteiligt (20%). Der Anteil der einvernehmlichen Aufhebungen von Arbeitsverträgen liegt nur bei 10%. Aufhebungsverträge haben keineswegs die entschädigungslose Kündigung verdrängt. Kündigungen durch Arbeitgeber sind die Ursache von zwei Fünfteln aller Beendigungen. Die Mehrheit der Arbeitgeberkündigungen ist betriebsbedingt.

Die quantitative Bedeutung von Bestandsschutzklagen vor dem Arbeitsgericht (ca. 250.000 pro Jahr) ist im Vergleich zu den ohne Klage durchgesetzten Arbeitgeberkündigungen (ca. 900.000) deutlich geringer. In Deutschland werden jedes Jahr knapp 600.000 Klagen von den Arbeitsgerichten erledigt.<sup>11</sup> Davon entfällt knapp die Hälfte (rund 250.000) auf Kündigungsschutzklagen. Die meisten aller 600.000 Klagen werden durch Vergleich (ca. 250.000) bzw. »auf andere Weise« (rund 210.000) erledigt. Nur in relativ wenigen Fällen gibt es ein streitiges (40.000) oder ein sonstiges Urteil (70–80.000).

Kündigungsschutzklagen führen nur selten zur Beibehaltung des Arbeitsplatzes. Von Ausnahmen abgesehen liegt der Sinn der Kündigungsschutzklage darin, dem Arbeitgeber zu zeigen, dass er nicht alles machen kann, was er will. Die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer will nicht zurück, muss aber notgedrungen so tun, damit als Ergebnis von Vergleichsverhandlungen eine Abfindung herauskommen kann. Am ehesten funktioniert der Kündigungsschutz im öffentlichen Dienst. Nach meiner Erfahrung klagen dort Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis und kehren nach einem gewonnenen Kündigungsschutzprozess in die Dienststelle zurück. In der »freien Wirtschaft« werden Entlassungen regelmäßig auch dann durchgesetzt, wenn eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist. Das nicht durch einen Kündigungsgrund legitimierte Hinausdrängen eines Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis kann im Einzelfall allerdings langwierig und mit Kosten verbunden sein, nämlich der Zahlung einer Abfindung.

In der arbeitsrechtlichen Diskussion wird angenommen, die entschädigungslose Kündigung sei durch Abfindungsmaschinerie ersetzt. Dem ist in Wahrheit nicht so. Nur 10% aller Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis endet, erhalten überhaupt eine Abfindung. Bei den Arbeitgeberkündigungen sind es 15%, Sozialplanabfindungen eingeschlossen. Selbst bei Aufhebungsverträgen wird nur in einem Drittel der Fälle eine Abfindung gezahlt.<sup>12</sup>

### III. Forderungen zur Änderung des Kündigungsschutzes

Das KSchG erfüllt seine Aufgabe nur unvollkommen. Von einem effektiven Bestandsschutz kann kaum die Rede sein. Aber auch von einem neoliberalen Standpunkt aus wird das Kündigungsschutzrecht als »offenkundig krank« bezeichnet. Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts seien »in der Regel unberechenbar«.<sup>13</sup> Diese Be-

<sup>10</sup> Diese und die folgenden Angaben aus der Infratest/WSI Erhebung 2002, zitiert nach *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81.

<sup>11</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, zitiert nach [www.arbeitsgerichts-verband.de](http://www.arbeitsgerichts-verband.de)

<sup>12</sup> *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81 [87].

<sup>13</sup> *Rüthers*, NJW 2003, 546 [546, 549].

wertung verzerrt die Wirklichkeit in bizarrer Weise,<sup>14</sup> im Kern liefert sie gleichwohl den Ausgangspunkt für zahlreiche Änderungsvorschläge,<sup>15</sup> die an den Stellschrauben »Anhebung des Schwellenwerts«, »Auflösungsrecht des Arbeitgebers«, »Herausnahme von Leistungsträgern aus der sozialen Auswahl« und Vereinfachung von Massentlassungen durch »Namenslisten« drehen.<sup>16</sup>

Der Bundestag hat am 26. 9. 2003 mit rot-grüner Mehrheit das »Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt« beschlossen.<sup>17</sup> Danach bleibt die Wartezeit unverändert, statt »sozialer Gesichtspunkte« sollen bei der sozialen Auswahl »die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers« berücksichtigt werden. Leistungsträger bleiben bei der sozialen Auswahl außen vor. Bei betriebsbedingten Kündigungen kann der Arbeitgeber eine Regelabfindung anbieten. Für Interessenausgleiche werden Namenslisten eingeführt. Schließlich sind bis zum 31. 12. 2008 bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bis zu fünf Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag nicht zu berücksichtigen.

## IV. Bewertung

### 1. Wartezeit

Eine Wartezeit von sechs Monaten, wie sie in Zukunft gelten soll, mag sinnvoll sein. So lange muss ein Arbeitnehmer warten, bis der allgemeine Kündigungsschutz des § 1 KSchG greift. Innerhalb von sechs Monaten kann ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer näher kennen lernen und ihn erproben. Nach Ablauf dieser Zeit hingegen weiß man, was man voneinander zu halten hat. Eine Verlängerung der Wartezeit<sup>18</sup> ist deshalb nicht zu rechtfertigen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass Arbeitgeber bei Neueinstellungen schon jetzt ohne sachlichen Grund eine Befristung von 2 Jahren vereinbaren können<sup>19</sup> und auf diese Weise ein befristetes Probearbeitsverhältnis vorschalten. Nüchtern betrachtet hätte sich vor diesem Hintergrund nichts dramatisch geändert, wenn die Wartezeit des § 1 Absatz 1 KSchG verlängert worden wäre.

14 Natürlich haben auch Unternehmen, die gegeneinander prozessieren, nur in den seltensten Fällen über den Ausgang des Verfahrens Gewissheit.

15 Zuletzt *Preis*, NZA 2003, 252.

16 BDA, [www.bda-pro-job.de](http://www.bda-pro-job.de), Bremsklötze beseitigen – Beschäftigung schaffen; FDP-Fraktion, Rahmenbedingungen für einen funktionsfähigen Arbeitsmarkt schaffen, 12. 3. 2003, BT-Drs. 15/590; FDP-Fraktion, Reform des KSchG, 12. 2. 2003, BT-Drs. 15/430; *Bauer*, NZA 2002, 529 (532 f.); Land Bayern, BR-Drs. 863/02 vom 22. 11. 2002; CDU/CSU-Fraktion, Arbeitsrechtsmodernisierungsgesetz, 18. 6. 2003, BT-Drs. 15/1182; Land Sachsen, BR-Drs. 158/03 vom 6. 3. 2003; BM Clement, *Financial Times Deutschland* vom 24. 2. 2003; »Clement setzt Koalitionen unter Druck«; *Süddeutsche Zeitung* vom 24. 2. 2003 »Abfindungen sollen Kündigungen erleichtern« und »Wahl zwischen Klage und Abfindung«; Bundesregierung, Regierungserklärung vom 14. 3. 2003 <http://www.bundesregierung.de/Nachrichten/-/8674/Regierungserklaerungen.htm>; *Preis*, NZA 2003, 252 ff.; *Buchner*, NZA 2002, 533 (535 f.); *Hromadka*, AuA 2002, 261 (264 f.); *Busch*, BB 2003, 470; *Neef*, NZA 2000, 7 (9 f.); *Hanau*, Gutachten C für den 63. Deutschen Juristentag.

17 BT-Drs. 15/1204 und 15/1509 in der Fassung des Buchstaben a der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit auf Drs. 15/1587. Die Bundesregierung hatte am 14. 3. 2003 skizziert, welche Veränderungen sie anstrebt, und am 18. 6. 2003 im Rahmen ihrer »Agenda 2010« (*Löwisch* weist zutreffend darauf hin, dass es sich kündigungsgesetzlich gesehen eher um eine »Agenda 1996« handelt, vgl. *Löwisch*, NZA 2003, 689) einen Gesetzentwurf vorgelegt: Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, BR-Dr 421/03, NZA 2003, 707.

18 Gefordert von BDA, FDP und *Bauer*, NZA 2002, 529.

19 § 14 Absatz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz.

Für Kleinbetriebe, die regelmäßig fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigen, galt das Kündigungsschutzgesetz bisher nicht.<sup>20</sup> Dabei ist zu beachten, dass in Kleinbetrieben und vor Ablauf der Wartezeit nicht etwa völlige Kündigungsfreiheit besteht. Auch außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG gilt ein sog. Kündigungsschutz zweiter Klasse, der im Hinblick auf Art. 12 GG zwingend ist.<sup>21</sup>

Es wird behauptet, dass viele Betriebe vermeiden, den sechsten und weitere Arbeitnehmer einzustellen, um zu verhindern, in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes zu rutschen (»Einstellungshindernis«). Gefordert wird, den Schwellenwert auf 8 oder auf 10, 20<sup>22</sup>, ja sogar auf 80 Arbeitnehmer<sup>23</sup> zu erhöhen. Forderungen dieser Art machen nicht viel Sinn. Der Arbeitsmarkt ist gerade in diesem Sektor alles andere als erstarrt. Trotz des ab sechs Arbeitnehmern greifenden Kündigungsschutzes haben Klein- und Mittelbetriebe eine signifikant höhere Personalfuktuation als größere Betriebe. Das Einstellungsverhalten von Betrieben mit 5 Beschäftigten unterschied sich – untersucht für einen Zeitraum von zwei Jahren – nicht von Betrieben mit 4 oder 6 Arbeitskräften.<sup>24</sup> Man sollte deshalb nicht über eine Erhöhung des Schwellenwerts nachdenken, sondern ihn auf Null setzen. Denn die Kleinbetriebsklausel ist insgesamt sachlich schwer zu rechtfertigen. Sie müsste gänzlich gestrichen werden, damit Arbeitnehmern auch in Kleinbetrieben ein faires und transparentes *Procedere* gesichert wird.<sup>25</sup> Es gibt intelligentere Lösungen, die typische Probleme kleinerer Betriebe lösen. Soweit betriebspsychologische Aspekte der engen persönlichen Beziehungen des Kleinunternehmers zu seinem Arbeitnehmer besonders zu würdigen sind, könnte dem durch ein Auflösungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 14 Absatz 2 Satz 2 bzw. § 9 Absatz 1 Satz 2 KSchG Rechnung getragen werden.

Die 1996 erfolgte (und 1999 von Rot-Grün mit bemerkenswerter Begründung revidierte<sup>26</sup>) Erhöhung des Schwellenwerts von 5 auf 10 Arbeitnehmer hat keine empirisch nachweisbaren Effekte gehabt. Warum das heute anders sein sollte, ist schwer vorstellbar. Hinweise auf negative Einflüsse der Schwelle des Kündigungsschutzgesetzes auf die Arbeitsplatzbeschaffung in Kleinbetrieben sind in der sozialwissenschaftlichen Forschung bisher nicht nachgewiesen.<sup>27</sup> Im Übrigen: Auch bei einem höheren Grenzwert (25 Arbeitnehmer, 50 Arbeitnehmer) würde ein Anreiz bestehen, die Schwelle nicht zu erreichen. Das Argument lässt sich *ad infinitum* verlängern.

Beschlossen wurde am 26. 9. 2003 eine andere Lösung. Fünf befristet Beschäftigte zählen bei der Berechnung des Schwellenwertes nicht mit. Diese Regelung soll zunächst bis zum 31. 12. 2008 gelten.

Befristet Beschäftigte nicht mitzuzählen, erscheint hoch problematisch: Erstens ist es systemwidrig, befristet Beschäftigte beim Schwellenwert auszuklammern. Für die

20 § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG.

21 Vgl. BVerfG 27. 1. 1998, E 97, 169 ff sowie Erf-Kom-Dieterich, 3. Aufl. 2003, Art. 12 GG Rn. 34–37. Einzelheiten sind dargestellt bei Appel, in: *Kittner-Zwanziger*, Arbeitsrecht, § 88.

22 Forderung der CDU/CSU und der FDP.

23 Freistaat Sachsen, vgl. BR-Drucksache 158/03 vom 6. 3. 2003.

24 Vgl. Pfarr/Ullmann, WSI-Mitteilungen 2003, 207–213.

25 KR-Weigand, 5. Aufl., § 23 KSchG Rn. 18.

26 Siehe insbesondere BT-Drs. 14/45 vom 17. 11. 1998 »Entwurf eines Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte«, S. 34 unter Begründung A.

27 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.

Größe des Betriebes ist es vollkommen egal, ob die Arbeitnehmer befristete oder unbefristete Verträge haben. Zweitens erscheint es rechtspolitisch verfehlt, ausgerechnet befristet Beschäftigte schlechter zu stellen. Gerade dieser Personenkreis trägt ein höheres soziales Risiko.<sup>28</sup> Die Neuregelung hat drittens den Nachteil, dass prekäre Beschäftigungsformen gefördert werden. Die Novellierung des § 23 KSchG erhöht für Kleinbetriebe den Anreiz, Arbeitnehmer befristet einzustellen.<sup>29</sup> Viertens begehen die Ausnahmeregelung für befristet Beschäftigte verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>30</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 3 Absatz 1 GG darf eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen nur dann anders behandelt werden, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.<sup>31</sup> Warum Arbeitnehmer eines Betriebes mit regelmäßig sechs Beschäftigten Kündigungsschutz genießen sollen, Arbeitnehmer eines Betriebes mit regelmäßig zehn Beschäftigten hingegen nicht, wenn von den zehn fünf befristete Verträge haben, erscheint sachlich um so weniger zu rechtfertigen, als Befristungen jahrelang möglich sind. Eine Korrelation zwischen dem Normzweck der Kleinbetriebsklausel mit dem vom Kündigungsschutz intendierten Zweck ist nicht mehr erkennbar.

Hätte eine – wie ursprünglich geplant – unbegrenzte Anzahl von Befristungen nicht mitgezählt, dürfte es eine Frage der Zeit gewesen sein, bis Betriebe entstanden wären, die mit einer Stammbesellschaft von 4 oder 5 dauerhaft Beschäftigten und einer Vielzahl von befristet eingestellten Arbeitnehmern auskommen. Durch die am 25.9.2003 eingeführte Deckelung der nicht mitzählenden befristet Beschäftigten auf fünf wird aber immer noch für Kleinbetriebe ein Anreiz geschaffen, die Hälfte der Besetzung ständig rotieren zu lassen.<sup>32</sup> Im Übrigen: Woher soll in einem solchen Rahmen ein gekündigter Arbeitnehmer wissen, ob er Kündigungsschutz genießt?<sup>33</sup> Will die Bundesregierung Arbeitgeber verpflichten, im Betrieb öffentlich zu machen, wer welchen Vertrag hat? Ist es sinnvoll, einen strukturellen Anreiz zu schaffen, dass ein gekündigter Arbeitnehmer, dem im Prozess entgegengehalten wird, fünf Kollegen seien befristet beschäftigt, die Unwirksamkeit dieser Befristungen zu behaupten? Statt befristet Beschäftigte auszuklammern, hätte man, wenn man annehmen wollte, dadurch den Arbeitsmarkt zu stimulieren, nur solche Arbeitnehmer zählen können, die länger als 6 Monate zum Unternehmen gehören. Um Anreize für die Einstellung älterer Arbeitnehmer zu bieten, hätte man Arbeitnehmer ab 55 nicht mitzählen können.

Ein gleitender Übergang in den Kündigungsschutz würde auch entstehen, wenn – wie der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vorschlug – nur diejenigen Kündigungsschutz zuwächst, die als Erster, Zweiter, Dritter usw. über dem Schwellenwert liegen, weil nach ihnen weitere Arbeitnehmer eingestellt wurden. Ein solches Puffermodell hätte zwei ins Auge springende Nachteile gehabt. Es entstünde ein schwerwiegendes Gerechtigkeitsproblem, weil für die soziale Auswahl nicht mehr Lebensalter, Unterhaltsverpflichtungen und Betriebszugehörigkeit, sondern allein die Frage maßgebend sein soll, wer am längsten dem Betrieb angehört. Wenn und weil allein das eine Kriterium Betriebszugehörigkeit über die Geltung des Kündigungsschutzes

28 Vgl. *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81 [90].

29 Zutreffend verweist *Preis* auf den Paradigmenwechsel: statt Dauerbeschäftigung kommt hier das Rotationsprinzip, vgl. *Preis*, NZA 2003, 704 [706].

30 So auch *Thüsing*, NJW 2003, 1989 [1990].

31 BVerfG 16.11.1987, EzA Art. 3 GG Nr. 13.

32 Vgl. *Löwisich*, BB 2003, 738 [739] und *Bauer*, NZA 2003, 704 [706].

33 Die Auffassung, die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des Ersten Abschnittes des KSchG liege beim Arbeitnehmer (vgl. u. a. BAG 4.7.1957, AP Nr. 1 zu § 21 KSchG; *KassArb-Isenhardt*, Rz 442; *Schaub*, § 128 I Nr. 3 b), dürfte damit endgültig nicht mehr vertretbar sein.

entscheidet, könnten ein Leistungsträger oder ein älterer Arbeitnehmer mit einer Mehrzahl von Unterhaltsverpflichtungen zur Kündigung anstehen, während jüngere Arbeitnehmer, die neue Arbeit finden würden, geschützt sein könnten – ein verrücktes Ergebnis. Zum anderen erscheint die Vorstellung einer rechtlichen Zweiteilung der Belegschaft in Arbeitnehmer mit und Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz schwer erträglich.<sup>34</sup>

Zu kritisieren ist, dass der Bundestag der Vorgabe des BVerfG vom 27. 1. 1998<sup>35</sup> nicht gefolgt ist und den irreführenden Begriff »Betrieb« nicht durch »Arbeitgeber« bzw. »Unternehmer« ersetzte.<sup>36</sup> Es ist sachwidrig, dass der Schwellenwert am »Betrieb« und seiner Größe anknüpft. Wenn *ein* Arbeitgeber in seinem Unternehmen mehrere Kleinbetriebe führt, wäre der Wegfall des Kündigungsschutzes gänzlich irrational.

### 3. Soziale Auswahl

Steht fest, dass Arbeitnehmer betriebsbedingt zu entlassen sind, ist nach dem KSchG zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern nach Maßgabe der sozialen Schutzbedürftigkeit eine »soziale Auswahl« vorzunehmen (§ 1 Absatz 3 KSchG). Keinem der drei Grunddaten Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltsverpflichtungen kommt ein absoluter Vorrang zu. Sie sind vielmehr im Einzelfall gegeneinander abzuwägen.<sup>37</sup> Aus Sicht des Arbeitgebers sind betriebsbedingte Kündigungen risikoreich, weil vermeintlich nicht kalkulierbar ist, ob das Arbeitsgericht die vom Arbeitgeber getroffene Bewertung der sozialen Schutzbedürftigkeit teilt. Die soziale Auswahl sei die größte Quelle der Rechtsunsicherheit. Wegen der sozialen Auswahl seien ältere Arbeitnehmer kaum – oder nur gegen sehr hohe Abfindungen – kündbar. Die erste Kritik ist zutreffend, die zweite nicht. Die Anforderungen der Rechtsprechung sind durchaus zu erfüllen, wenn beachtet wird, dass dem Arbeitgeber ein Beurteilungsspielraum zusteht. Trotzdem bleibt die soziale Auswahl ein Unsicherheitsfaktor selbst für den rechtstreuen Arbeitgeber, der alles richtig machen will.<sup>38</sup> Das ändert sich jetzt auch dadurch nicht, dass der Gesetzgeber geregelt hat, dass individuelle Besonderheiten nicht berücksichtigt werden dürfen. Damit ist der Kernpunkt noch immer nicht geklärt. Das Verhältnis der drei Hauptkriterien zueinander, die Gewichtung der Kategorien Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltsverpflichtungen gegeneinander ist im konkreten Fall nach wie vor offen und erscheint auch beim besten Willen nicht abschließend regelbar. Insofern werden Illusionen verbreitet, wenn suggeriert wird, dass eine Präzisierung an dieser Stelle die Berechenbarkeit erhöht.

Theoretisch könnte auch eine Namensliste, wie sie jetzt beschlossen wurde, in hohem Maße von Einzelfallgerechtigkeit geprägt sein und gleichzeitig dem Arbeitgeber ein besonderes Maß an Rechtssicherheit bieten. Zweierlei darf jedoch nicht übersehen werden: Nach der Systematik des BetrVG schützt der Betriebsrat die Beschäftigten. Dass er zukünftig (wieder<sup>39</sup>) gemeinsam mit dem Arbeitgeber die von der sozialen Auswahl betroffenen Arbeitnehmer individuell festlegt, weist ihm eine grundsätzlich andere Rolle zu. Nunmehr verschlechtert er die Position des gekündigten Arbeit-

<sup>34</sup> So auch *Bader*, NZA 2003, 249 [251].

<sup>35</sup> BVerfG EzA § 23 KSchG Nr. 17.

<sup>36</sup> In § 99 und § 111 BetrVG hat der Gesetzgeber diese Korrektur bereits vorgenommen.

<sup>37</sup> Vgl. BAG vom 8. 8. 1985, AP Nr. 21 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.

<sup>38</sup> Vgl. *KR-Etzel*, § 1 KSchG Rn. 621.

<sup>39</sup> Wie schon von 1996 bis 1999.

nehmers, weil die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Namensliste offensichtlich fehlerhaft ist, beim gekündigten Arbeitnehmer liegt.

Die Gefahr von Namenslisten liegt zudem darin, dass zu Lasten von Minderheiten (Frauen, Ausländern) oder einzelnen Beschäftigten, die nicht in die Personalpolitik des Betriebsrats passen, Verabredungen getroffen werden.<sup>40</sup> Mindestens muss deshalb die Möglichkeit bestehen, sachfremde Listen mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich anzugreifen. Solange die Betriebsparteien nicht verpflichtet sind, ihre der Namensliste zugrunde liegenden abstrakten Kriterien anzugeben, ist eine Überprüfung der Liste auch nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit kaum möglich. Ein Interessenausgleich mit Namensliste muss sich dadurch legitimieren können, dass die Verfahrensregeln der §§ 102, 111 BetrVG beachtet und plausible, mit § 75 BetrVG übereinstimmende Kategorien dargelegt werden.<sup>41</sup> Die Bundesregierung vertrat im Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit immerhin die Auffassung, dass § 1 Abs. 3 Satz 1 letzter Halbsatz KSchG den Arbeitnehmer berechtige, auch bei einer Namensliste vom Arbeitgeber Auskunft über Gründe der sozialen Auswahl zu verlangen.<sup>42</sup>

Ein hohes Lebensalter führt für sich genommen nie zu hohen Abfindungen. Sozialpläne, die für den Verlust des Arbeitsplatzes Abfindungen vorsehen, sind – mit Billigung des BAG<sup>43</sup> – typischerweise »gedeckt«. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass rentennahe Jahrgänge keinesfalls eine höhere Abfindung erhalten, als sie ohne die Kündigung verdienen könnten. Im Individualrechtsstreit kommt es zu einer Abfindung nur, wenn die Kündigung unwirksam ist und beide Seiten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht wünschen und sich stattdessen vergleichen. Ein hohes Lebensalter führt für sich genommen auch in dieser Situation nicht zu einer hohen Abfindung. Sie ergibt sich nur in Kombination mit einer langen Betriebszugehörigkeit – was dann sicher auch gerechtfertigt ist.

Überlegungen, ältere Arbeitnehmer aus der sozialen Auswahl herauszunehmen, sind nicht durchdacht. Der Verlust des Arbeitsplatzes stünde praktisch fest. Damit würden ältere Arbeitnehmer unmittelbar und gezielt diskriminiert. Dies verstieße gegen das Gerechtigkeitsempfinden und gegen die Schutzpflicht des Staates. Das BVerfG betont immer wieder einen Schutzauftrag des Staates gegenüber besonders gefährdeten Personengruppen.<sup>44</sup> Es bestünde die Gefahr, dass die reale Lebensarbeitszeit noch weiter sinkt,<sup>45</sup> obwohl die Situation schon jetzt dramatisch ist: Laut Spiegel<sup>46</sup> beschäftigen rund 60% aller deutschen Unternehmen keine Mitarbeiter über 50. Während die Erwerbstätigenquote der 55- bis 64-jährigen im OECD-Durchschnitt bei 49% liegt, beträgt sie in Deutschland nur 39% und bei den 60 bis 65-jährigen nur noch 19,9%. Nach der Richtlinie 2000/78/EG ist eine Diskriminierung wegen des Alters nur zulässig,<sup>47</sup> wenn es um rechtmäßige Ziele aus dem Bereich Beschäftigungspolitik oder Arbeitsmarkt geht und die Mittel zur Erreichung »angemessen und erforderlich sind« (Artikel 6 Absatz 1). Dass eine Ungleichbehandlung älterer Arbeitnehmer

40 Vgl. auch *Preis*, NZA 2003, 704 [705]: »funktionswidriger Missbrauch«.

41 Vgl. *Kohle*, BB 1998, 946 [954].

42 BT-Drs. 15/1587 S. 30.

43 Vgl. BAG vom 26. 6. 1990, BAGE 65, 199 ff.

44 Für Behinderte vgl. BVerfGE 40, 121; für allgemein erheblich sozial Belastete vgl. BVerfGE 27, 283; 35, 236; für Schwangere vgl. BVerfGE 84, 133 [155]; 85, 360 [372]; für ältere Arbeitnehmer BVerfGE 84, 133 [152]; 85, 360 [375].

45 Vgl. *Bäcker* und *Repnik* in *Naegele*, Demographischer Wandel und Erwerbsarbeit im Alter.

46 DER SPIEGEL 13/2003, 82.

47 Die Umsetzung muß nach Art. 18 RL bis zum 2. 12. 2003 erfolgen. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist dürfen die Mitgliedsstaaten allerdings keine Vorschriften erlassen, die der Richtlinie entgegenstehen, vgl. EuGH 18. 12. 1997 – C-129/96 – Inter-Environnement Wallonie ASBL gegen Region Wallone, Slg. 1997, I-7411; MünchArbR-*Birk*, 2. Aufl., § 18 Rn 117.



zumal in Anbetracht ihrer besonders hohen Arbeitslosigkeit erforderlich sein könnte, dürfte nicht darstellbar sein.<sup>48</sup>

Individuelle Besonderheiten müssen bei der sozialen Auswahl berücksichtigt werden. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit kann allenfalls minimiert werden. Wenn die soziale Auswahl neuerdings auf die drei Hauptkriterien Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltungsverpflichtungen beschränkt ist, besteht das Problem, dass Kündigungsschutzverfahren notwendigerweise wertende Einzelfallentscheidungen sind. Es wäre z. B. nicht vermittelbar, dass eine Berufskrankheit oder ein folgeschwerer Arbeitsunfall bei der Bestimmung der sozialen Schutzbedürftigkeit außen vor bleiben müssen.<sup>49</sup> Die Nichtberücksichtigung der Schwerbehinderten wäre verfassungswidrig gewesen.<sup>50</sup> Der Gesetzgeber hat sich in letzter Sekunde dafür entschieden, sich diese Ohrfeige aus Karlsruhe nicht abzuholen.

Das KSchG ermöglichte es bereits nach altem Recht, bei berechtigten betrieblichen Bedürfnissen die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten zu durchbrechen.<sup>51</sup> Gerade der Gesichtspunkt der Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur zählte anerkanntermaßen dazu.<sup>52</sup> Vor dem Hintergrund der Richtlinie 2000/78/EG war es allerdings notwendig, die ausgewogene Altersstruktur als Auswahlkriterium gesetzlich zu regeln.<sup>53</sup>

Bereits § 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG a.F. gab dem Arbeitgeber die Möglichkeit, z. B. Leistungsträger aus der sozialen Auswahl herauszunehmen, wenn berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung dieses Arbeitnehmers bedingen.<sup>54</sup> Zusätzlich können in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen Auswahlrichtlinien vereinbart werden (§ 1 Absatz 4 KSchG). Wenn jetzt wortgleich die vom 1. 10. 1996 bis 31. 12. 1998 geltende Gesetzeslage wieder eingeführt wurde, führt dies nur scheinbar zu mehr Klarheit und Rechtssicherheit – in Wahrheit verteilt man Steine statt Brot.<sup>55</sup> Denn schon bei der Frage, wie das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des Leistungsträgers abzuwiegen ist,<sup>56</sup> schweigt das Gesetz. Hier eine ausgewogene und handhabbare Regelung zu präsentieren, wäre aber das, was Praktiker erwarten und benötigen.<sup>57</sup> Sie werden im Stich gelassen.

48 Aus demselben Grund erscheint § 14 Absatz 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz problematisch, wonach die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne sachlichen Grund zulässig ist, wenn der Arbeitnehmer 52 Jahre alt ist, vgl. APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn 104; KR-*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 324.

49 Das Integrationsamt, das vor der Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers anzuhören ist, prüft nur, ob die Kündigung wegen der Behinderung beabsichtigt ist.

50 Vgl. *Düwell*, DB 2003, 1574.

51 § 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG.

52 BAG 23. 11. 2000, AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; s. a. Erf-Kom-*Ascheid*, 3. Aufl. 2003, § 1 KSchG Rn. 512 m.w.N.

53 Vgl. *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234 [1237]. Allerdings heißt es in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG n.F. Personalstruktur und nicht Altersstruktur.

54 Vgl. nur Erf-Kom-*Ascheid*, 3. Aufl. 2003, § 1 KSchG Rn. 515 ff.

55 *Bauer* spricht gar von einem »Trick«, NZA 2003, 704.

56 Dazu bereits BAG 12. 4. 2002, AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl sowie LAG Berlin 9. 5. 2003, DB 2003, 1632.

57 Darüber hinaus: Wer »Personalstruktur« nicht nur als »Altersstruktur« versteht und unter »Sicherung« nicht »Wahrung«, sondern »Herstellung« fasst, würde die Konsequenzen einer verfehlten Personalpolitik auf die Arbeitnehmer verlagern können, ohne auch nur einen finanziellen Ausgleich in Form einer Abfindung zahlen zu müssen, vgl. *Preis*, NZA 2003, 704 [705].

#### 4. Angabe des Kündigungsgrundes

Transparenz und Fairness gebieten es, mit offenen Karten zu spielen. Unlauterem Verhalten wäre ein Riegel vorgeschoben, wenn die Kündigung, die schon nach geltendem Recht nur schriftlich wirksam ist,<sup>58</sup> zumindest eine stichwortartige Begründung enthalten muss.<sup>59</sup> Was im Mietrecht schon bei einem Mieterhöhungsverlangen Recht ist,<sup>60</sup> sollte bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses billig sein.<sup>61</sup> Es erscheint von einem Arbeitgeber nicht zu viel verlangt, kurz und knapp anzugeben, warum er kündigt.<sup>62</sup> Für den Arbeitnehmer, der ausnahmsweise für den Bestand des Arbeitsverhältnisses streiten will, ist diese Mitteilung elementar. Die Angabe des Kündigungsgrundes erschwert es dem unlauteren Arbeitgeber, in betriebsbedingte Gründe zu flüchten. Sie erleichtert es dem Arbeitnehmer, geltend zu machen, dass der angegebene Kündigungsgrund nicht gegeben ist, sondern in Wahrheit aus einem Diskriminierungs- oder Maßregelungsstatbestand gekündigt wurde. Dass Rot-Grün sich zu einer solchen Ergänzung nicht verstehen konnte, ist charakteristisch.

#### 5. Abfindung statt Kündigungsschutz?

Rechtsfolge einer sozialwidrigen Kündigung ist der Anspruch des Arbeitnehmers, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Im Normalfall gibt es keinen gesetzlichen Anspruch auf eine Abfindung.<sup>63</sup> Es würde einen tiefen Einschnitt darstellen,<sup>64</sup> das Konzept des Bestandsschutzes aufzugeben und – unabhängig von der sozialen Rechtfertigung der Kündigung – grundsätzlich eine Abfindung vorzusehen. Bei einem solchen hire-and-fire-Konzept müsste der Arbeitgeber entsprechend den Vorschlägen von *CDU/CSU*, *FDP*, *BDA* und *Bauer* eine Kündigung nicht mehr begründen. Auf ihre Stichhaltigkeit käme es nicht an, immer würde der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz verlieren – freilich gegen Zahlung einer Abfindung.

Wohlgemerkt: Der Kündigungsschutz in Deutschland ist weniger intensiv reguliert als in Schweden, Italien<sup>65</sup> oder den Niederlanden.<sup>66</sup> Trotzdem wird er als Beschäftigungsbremse dargestellt.<sup>67</sup> Es wird beklagt, dass klare und rechtssichere Regeln für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen fehlen.<sup>68</sup> Zugespitzt formuliert schlage der Grundsatz, dass die Kündigung nur ultima ratio sein darf, um: Das Einstellen von Arbeitnehmern werde für Arbeitgeber zur ultima ratio, der Überstunden, Ratio-

<sup>58</sup> § 623 BGB.

<sup>59</sup> Fortführung des Gedankens von § 626 Absatz 2 Satz 3 BGB.

<sup>60</sup> § 2 Abs. 2 Satz 1 Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum.

<sup>61</sup> Die Kündigung einer Schwangeren ist schon jetzt nur zulässig, wenn der Arbeitgeber den Kündigungsgrund angibt, vgl. § 9 Absatz 3 Satz 2 Mutterschutzgesetz.

<sup>62</sup> Ebenso wenig erscheint es zu viel verlangt, den Arbeitgeber nicht nur vor dem Ausspruch einer Verdachtskündigung (vgl. BAG 10. 2. 1977, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972), sondern generell zu verpflichten, den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung anzuhören.

<sup>63</sup> Schon in der Bibel heißt es aber: »Wenn Du Deinen Diener entlässt und wegschickst, sollst Du ihn nicht mit leeren Händen gehen lassen...« (5. Buch Mose, Kap. 15, Vers 13).

<sup>64</sup> Zur verfassungsrechtlichen Problematik vgl. *Oetker*, RdA 1997, 9 [17].

<sup>65</sup> In Italien gibt es (wie auch in Österreich) neben dem »normalen« Kündigungsschutz eine automatische Abfindung, die ein Monatsgehalt pro Jahr der Betriebszugehörigkeit ausmacht, vgl. *Nogler*, AuR 2003, 321 [324]; *Rebhahn*, RdA 2002, 272.

<sup>66</sup> Vgl. *Eichhorst/Profit/Thode*, Benchmarking Deutschland: Arbeitsmarkt und Beschäftigung, S. 170. Zum Kündigungsschutz in der EU siehe *Berkowsky*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 131 Rn. 60 ff. In Ländern ohne Kündigungsschutz erzeugt – wie in den USA – die Antidiskriminierungsgesetzgebung im Ergebnis vergleichbare Effekte (vgl. *Kittner-Kobler*, BB 2000, Beilage 4, S. 28).

<sup>67</sup> Statt vieler *Buchner*, DB 2003, 1510 [1512].

<sup>68</sup> Arbeitsrechtsausschuss des DAV, März 2003.

nalisation, Befristung und Verlagerung ins Ausland vorgezogen würden. Diese Debatte ist eingebettet in eine von Klassenkampftönen geprägte Polemik gegen Gewerkschaften<sup>69</sup> und verfassungswidrige Vorschläge, das Günstigkeitsprinzip zu verändern.<sup>70</sup> Eine eigenartige Schiefelage besteht von vornherein darin, dass nicht über Schutz im Arbeitsverhältnis, sondern ausschließlich über die Modalitäten beim Abbau von Arbeitsverhältnissen debattiert wird. Die Auseinandersetzung leidet im Übrigen daran, dass in Kenntnis empirischer Daten fragwürdige Annahmen zur Grunde gelegt werden.<sup>71</sup> Im Windschatten der konservativen Agenda (Vorrang für monetäre Stabilität vor anderen öffentlichen Aufgaben; Marktfreiheit und Deregulierung; forcierte Privatisierung von öffentlichem Eigentum und öffentlichen Aufgaben) wächst die Kritik an der Grundüberlegung, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses geschützt sein soll.<sup>72</sup> Nicht wenige Beiträge gehen an die Substanz des KSchG,<sup>73</sup> so dass sich die Frage stellt, ob es noch einen Konsens in Richtung rheinischer Kapitalismus gibt und ob eine sozialstaatliche Zügelung der freien Marktkräfte noch gewollt ist. Die Nagelprobe kommt. Wer Ja sagt zu allgemeiner Wohlfahrt, zu Solidarität und Interessenausgleich, wird aus kulturellen und politischen Gründen einer Logik des Hire and Fire zu widersprechen haben.

Die Bundesrepublik war jahrzehntelang von einer spezifischen Unternehmenskultur geprägt. Zu ihr gehörten Mitbestimmung und Kündigungsschutz. Die Integrationskraft der Arbeitsgesellschaft beruht auf der Kombination von materieller Sicherheit, persönlicher Entwicklung, Respekt und sozialer Anerkennung durch Erwerbsarbeit. Das KSchG ist konsensual von den Sozialpartnern entwickelt worden.<sup>74</sup> Der Kündigungsschutz macht den Kern des Arbeitsrechts aus.<sup>75</sup> Für die Beschäftigten hat er eine außerordentlich starke Symbolkraft. Den Kündigungsschutz gegen den Willen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer radikal auszuhöhlen, würde Grundlagen des sozialen Friedens wegschlagen. Die Idee, Kündigungsschutz durch Abfindungen zu ersetzen, wird von Arbeitnehmern spontan nicht nur als tiefer Einschnitt in soziale Rechte wahrgenommen, sondern als Infragestellung von Recht insgesamt. Wer zahlt, darf alles. Wer Geld hat, braucht keine Rücksicht zu nehmen.

### a) Modelle

Es wäre gleichwohl verfehlt, in jedem Abfindungsmodell von vornherein einen unerträglichen Anschlag auf soziale Besitzstände zu sehen. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass eine Monetarisierung des Kündigungsschutzes beide Effekte haben kann: Notwendiger Arbeitnehmerschutz ist damit grundsätzlich genauso gut zu konterkarieren wie auch eine gerechte und vernünftige Modernisierung des Kündi-

69 Der Bundesvorsitzende der FDP bezeichnet Gewerkschaften als »Plage für unser Land«, zitiert nach <http://www.liberal.de/portal/index.phtml?fdpspezial=1&hl=FDP-SPEZIAL&cat=-FDP-Spezial>.

70 Vgl. Dieterich, RdA 2002, 1; ders. DB 2001, 2398; Britz/Volkmann, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 28; a. A.: Hromadka, NJW 2003, 1273 [1277]. Zur Diskussion um das Günstigkeitsprinzip s. a. Schliemann, NZA 2003, 122; Deinert, AuR 2003, 173.

71 Statt vieler Rütters, NJW 2003, 546 [549]: »Deutschland praktiziert ein absolutes Höchstmaß an vermeintlichem Bestandsschutz.«

72 Aus jüngerer Zeit Buchner, NZA 2002, 533; Bauer, NZA 2002, 529; Willemsen, NJW 2000, 2779; Rütters, NJW 2002, 1601; ders., NJW 2003, 546; Hromadka, ZfA 2002, 383; ders., NZA 2002, 783.

73 Exemplarisch Freistaat Sachsen mit der Forderung, den Schwellenwert für die Anwendung des KSchG auf 80 Arbeitnehmer zu erhöhen, vgl. BR-Drucksache 158/03 vom 6. 3. 2003.

74 Das KSchG von 1951 selbst ist das Ergebnis eines Kompromisses zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften und den sie tragenden politischen Parteien (»Hattenheimer Entwurf«), vgl. Berkowsky, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, Band 2, § 131 Rn. 19.

75 Der Vertrag über die Schaffung einer »Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion« vom 18. 5. 1990 zählt in Art. 17 den Kündigungsschutz zu den Kernbestandteilen einer Arbeitsrechtsordnung, die sich der Philosophie einer sozialen Marktwirtschaft verpflichtet fühlt, vgl. Oetker, RdA 1997, 9.

gungsschutzes befördert werden könnte. Allein in der Europäischen Union gibt es Beispiele für die unterschiedlichsten Ansätze.<sup>76</sup> In Belgien, Dänemark und Finnland kann der Arbeitnehmer nur Entschädigung, nicht jedoch auch Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen. Nur in den Niederlanden, in Portugal, Griechenland, Österreich, in Italien in Betrieben über 15 Arbeitnehmern und in Spanien bei Kollektivkündigungen sieht das Gesetz ein Recht auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vor, das der Arbeitgeber nicht durch Zahlung einer Abfindung verdrängen kann. Eine Abfindung kann immer vorgesehen sein (Spanien, Österreich) oder nur bei einer gerechtfertigten Kündigung (Portugal). Sie kann vom Arbeitgeber bei einer ungerechtfertigten Kündigung zu zahlen sein (Belgien; Finnland; Frankreich; Portugal; als Wahlrecht des Arbeitnehmers: Niederlande und Dänemark; als Wahlrecht des Arbeitgebers und – in Betrieben mit mehr als fünfzehn Arbeitnehmern – als Wahlrecht des Arbeitnehmers: Italien; als Wahlrecht des Arbeitgebers: Schweden und Spanien).

In einigen Staaten der EU sieht das Gesetz eine Abfindung nur bei Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen vor. Zum Teil sind Arbeitgeber berechtigt, nach einer unbegründeten Kündigung den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers durch Zahlung einer Abfindung abzuwenden. Ebenso bestehen Regelungen, nach denen die Höhe der zu zahlenden Abfindung vom Grad ihrer Rechtswidrigkeit abhängt. In sechs Staaten ist die Abfindung auch bei befristetem Arbeitsverhältnis vorgesehen. Häufig wird zwischen Einzel- und Kollektivkündigungen unterschieden.

Nur in Portugal hat die Abfindung die Rechtsfolge, dass der Arbeitnehmer mit einer Entscheidung für die Entschädigung auf den Kündigungsschutz verzichtet. In den anderen Fällen muss der Arbeitgeber die Abfindung entweder zunächst zahlen mit der Möglichkeit, sie zurückfordern zu können, wenn das Arbeitsverhältnis auf Grund der Klage fortgesetzt wird. Oder aber die Fälligkeit der Abfindung wird bis zur Entscheidung über den Ausgang des Kündigungsschutzrechtsstreits hinausgeschoben.

Zwei Fragen sind immer zentral: Hat der Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens einen Anspruch auf Beschäftigung? Gerät der Arbeitgeber für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung in Annahmeverzug, muss er also Arbeitsentgelt nachzahlen? Für eine Regelung, die dem Arbeitgeber die Möglichkeit gibt, den Kündigungsschutz vor der Kündigung durch eine Entschädigung zu ersetzen, gibt es keine Vorbilder. Aber auch nach Ausspruch der Kündigung gibt keine Rechtsordnung den Arbeitgebern vor Ende des Prozesses ein solches Gestaltungsrecht. Die Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten schreibt mit anderen Worten zwar Abfindungen generell vor, schließt hingegen den Kündigungsschutz nicht aus – und zwar auch nicht speziell für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung.

In der bundesrepublikanischen Diskussion spielte und spielt der Vorschlag, vertraglich statt Kündigungsschutz eine Abfindung vorzusehen, eine große Rolle. Die Bundestagsmehrheit hat entsprechende Modelle von CDU/CSU und FDP am 26. 9. 2003 abgelehnt. Da der Kündigungsschutz nach geltendem Recht unabdingbar ist,<sup>77</sup> wirken solche Forderungen im ersten Moment auch erschreckend. Es ist zu befürchten, dass das letzte Wort noch nicht gesprochen ist.

Einzuräumen ist, dass eine vereinbarte Monetarisierung des Kündigungsschutzes zunächst nur für Neueinstellungen gelten würde. Für schon bestehende Arbeitsverhältnisse wäre der Kündigungsschutz bis auf weiteres nicht angetastet. Der Vorteil für Arbeitgeber läge darin, die Transaktionskosten exakt kalkulieren zu können. Denjenigen, die den Verlust des Bestandsschutzes beklagen, wäre entgegenzuhalten,

<sup>76</sup> Vgl. *Rebbahn*, RdA 2002, 272 [274 ff].

<sup>77</sup> *KR-Etzel*, 5. Aufl. 1998, § 1 KSchG Rn. 25.

dass 85% der Arbeitnehmer nach einer Arbeitgeberkündigung zur Zeit gar keine Abfindung erhalten.<sup>78</sup>

Besonderer Aufmerksamkeit bedarf die Frage, unter welchen Bedingungen eine Abfindung statt Bestandsschutz vereinbart werden kann. Es sollte selbstverständlich sein, dass eine Änderungskündigung (Argument: betriebsweite Anpassung an die mit neuen Arbeitnehmern vereinbarten Bedingungen) nicht in Frage kommt. Zudem verbietet es sich, schon bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses die einzelvertragliche Abbedingung des Kündigungsschutzes als zulässig zu erachten.<sup>79</sup> Bei Vertragsabschluss wird typischerweise über das Aufgabenfeld und die Vergütung verhandelt. In dieser Situation haben Arbeitnehmer in der Regel nicht die Chance, mit der Möglichkeit eines fairen Interessenausgleichs auch die Modalitäten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu regeln. Würde man nichtsdestotrotz grundsätzlich die Möglichkeit eröffnen, schon bei Vertragsabschluss – formularmäßig vorbereitet durch den Arbeitgeber – zu vereinbaren, dass kein Kündigungsschutz besteht und stattdessen eine Abfindung zu zahlen ist, würden Arbeitgeber in Anbetracht fehlender Verhandlungspartität fast immer solche Vereinbarungen durchsetzen können. All das spricht dafür, allenfalls erst nach Ablauf von einem Jahr oder anlässlich einer konkreten Kündigung solche Vereinbarungen zuzulassen, wenn eine Mindesthöhe der Abfindung (wie etwa von der CDU/CSU vorgeschlagen: ½ Gehalt pro Beschäftigungsjahr; das Land Bayern schlägt mindestens 1 Monatsgehalt pro Beschäftigungsjahr vor) garantiert ist.

### b) Bedeutung des Bestandsschutzes

Wer den Bestandsschutz grundsätzlich leer laufen lassen will, übersieht, dass das Experiment, in einer Marktwirtschaft soziale Gerechtigkeit zu realisieren, ohne ernstzunehmenden Schutz des Arbeitsplatzes nicht auskommen kann. Kündigungsschutz bedeutet ein Stück Planbarkeit des Lebens und damit ein Stück Existenzsicherheit.<sup>80</sup> Die Freiheit des Arbeitsverhältnisses bestimmt sich von seinem Ende her.<sup>81</sup> Ohne die Sicherheit, dass das nicht den Arbeitsplatz kostet, kuriert niemand eine Krankheit aus, ergreift keiner das Wort und besteht niemand im Konfliktfall auf seinen Rechten.

Wer das Bestandsschutzkonzept aufgibt, läuft Gefahr, die Abhängigkeit der Beschäftigten zu steigern und damit einhergehend das betriebliche Innovationspotential zu verringern. Ohne Bestandsschutz wäre einer Konkurrenz der Arbeitnehmer untereinander um das größte Maß an Willfährigkeit der Weg bereitet. Vielfach fördert der bestehende Kündigungsschutz intelligente Lösungen: Zur Zeit sind Arbeitgeber gezwungen, genau zu überlegen, ob Entlassungen tatsächlich nötig sind.<sup>82</sup> Schon jetzt gelingt es vor allem größeren Unternehmen, auf Kündigungen zu verzichten und statt dessen die interne Flexibilität zu erhöhen. Im Übrigen werden häufige Wege gefunden, Personalabbau einvernehmlich auf den Weg zu bringen und Leistungsträger dabei zu halten. Dies wirkt sich nicht nur positiv auf die Stimmung im Betrieb aus, sondern bindet auch Know-how. Im internationalen Wettbewerb müssen deutsche

<sup>78</sup> *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81 [88].

<sup>79</sup> So aber ausdrücklich sowohl CDU/CSU als auch FDP.

<sup>80</sup> Umgekehrt hat eine fehlende Verrechtlichung des Arbeitsplatzes auch für Arbeitgeber Nachteile: Für US-amerikanische Arbeitgeber, die bei der Entlassung eines Arbeitnehmers eine »tort lottery« erleben (von 1971 bis 1991 stieg die Zahl der Schadensersatzklagen wegen einer Entlassung in den USA um 430% [»litigation leap«]) ist es weitaus schwieriger, das Risiko einer unrechtmäßigen Kündigung abzuschätzen und damit als Betriebskosten zu handhaben, vgl. *Finkin*, RdA 2002, 333 [340].

<sup>81</sup> *Hromadka*, ZfA 2002, 383 [393].

<sup>82</sup> Vgl. *Falkenberg*, DB 1991, 2486.

Unternehmen an ihre Mitarbeiter Anforderungen wie Übersichtswissen und Vernetzungsfähigkeit, Problemlösungs-, Entscheidungs- und Handlungswille stellen.<sup>83</sup> Fördert man solche Profile, wenn Arbeitnehmer nur lose Bindungen zu dem Betrieb entwickeln? Der Streit um die Wirksamkeit einer Kündigung führt im günstigsten Fall zu einer strukturierten, rationalen Aufarbeitung des Konflikts. Die Moderation des Gerichts kann sowohl zu einer Entschärfung als auch zu einer Klärung führen, auf deren Basis die Parteien ihre Zusammenarbeit sinnvoll neu definieren. Als Vorteil der heutigen Vergleichspraxis ist der Befriedigungseffekt hervorzuheben. Ein Arbeitnehmer, der einen Abfindungsvergleich erstritten hat, geht als halber Sieger nach Hause. Er hat nicht ohne jeden Widerstand die Segel streichen müssen. Umgekehrt wahrt auch der Arbeitgeber sein Gesicht. Bei einer Abfindungslösung müsste der Einzelne gehen, selbst wenn die Kündigung offenkundig sozialwidrig wäre. Es bestünde die Gefahr, dass der Abschreckungseffekt, der in der scharfen Rechtsfolge einer unwirksamen Kündigung liegt, verloren geht und auch in Zweifelsfällen nicht auf eine Kündigung verzichtet wird, weil allenfalls eine Abfindung droht. Schließlich könnte die Rücknahme des Kündigungsschutzes zu einem Personalabbau führen, der etwaige Beschäftigungsgewinne überkompensiert.<sup>84</sup>

Es erscheint fragwürdig, die Gründe für die ökonomische Misere nicht im Zustand der Produktmärkte und in konjunkturellen Krisen, in der ungleichen Verteilung von Arbeit und in fehlender Nachfrage, sondern im Arbeitsrecht zu suchen.<sup>85</sup> Durch Kürzung von Transfereinkommen entsteht kein Wachstum. Die schnellere Vermittlung Arbeitsloser und eine Lockerung des Kündigungsschutzrechts schaffen weder Aufträge noch Arbeitsplätze. Die pauschale Vermutung, dass eine Deregulierung des Arbeitsmarkts zu mehr Beschäftigung führt, kann einen Rückbau des Kündigungsschutzes nicht rechtfertigen.<sup>86</sup> Zum einen fehlen hinreichend präzise Daten über angeblich beschäftigungshindernde Auswirkungen kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen bzw. beschäftigungsfördernde Effekte ihres Abbaus. Zum anderen erzeugen Märkte keine Ethik. Marktradikalismus prämiert die Stärksten, die nicht kooperieren müssen. Arbeitsplätze unterscheiden sich von anderen Produktionsfaktoren dadurch, dass sie die Existenzgrundlage für Menschen bilden.

Bei nüchterner Betrachtungsweise kann das Arbeitsrecht kaum als Ansammlung von Investitionshindernissen bezeichnet werden. Die immer wieder beklagte Ungewissheit über den (rechtlichen!) Ausgang des Kündigungsschutzprozesses resultiert notwendigerweise aus der Spezifik des Kündigungsrechts, dass jede Kündigung einzelfallbezogen zu beurteilen ist.<sup>87</sup> Obwohl Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit für einen Rechtsstaat fundamental sind, ist die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unverzichtbar, um die gestörte Vertragsparität<sup>88</sup> gegenüber den konkreten Vertragspartnern wieder herzustellen.

Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften wie das KSchG und das Befristungsrecht wirken sich dämpfend auf die Arbeitsmarktbewegungen aus.<sup>89</sup> Das Kündigungsrecht blo-

<sup>83</sup> Kittner, AuR 1995, 385 [388].

<sup>84</sup> Vgl. Däubler, NJW 2002, 2292.

<sup>85</sup> Zweifelnd auch Nägele, BB 2003, 739 [740]. Das Verhältnis von Arbeitsrecht und Wirtschaftsleistung dürfte verwickelter und indirekter sein, als die Befürworter einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts anzuerkennen bereit sind, vgl. Finken, RdA 2002, 333 [343].

<sup>86</sup> Bereits 1996 versuchte der Gesetzgeber vergeblich, durch eine Ausweitung der Kleinbetriebsklausel, durch die Erleichterung der Sozialauswahl und eine Erweiterung der Befristungsmöglichkeiten Arbeitsplätze zu schaffen, vgl. Preis, RdA 2003, 65 [67].

<sup>87</sup> Kittner, AuR 1995, 385 [388].

<sup>88</sup> Dazu instruktiv Gamillscheg, RdA 1998, 2 [3 ff.].

<sup>89</sup> Dabei verfestigt ein hohes Kündigungsschutzniveau die Beschäftigtenstruktur, vgl. Löwisch, NZA 2003, 689 [690 m.w.N.]; Schmid, FR 8.7. 2003, 7.

ckiert objektiv hingegen keine Einstellung. In den ersten sechs Monaten besteht weitgehend Kündigungsfreiheit. Befristungen sind ohne sachlichen Grund für die Dauer von zwei Jahren möglich. Die OECD-Studie von 1999<sup>90</sup> zeigt, dass es keinen Zusammenhang zwischen der Rigidität des Kündigungsschutzes und der Höhe der Arbeitslosigkeit gibt. Trotzdem »mauern« viele Arbeitgeber. Das Problem nistet vor allem in den Köpfen. Das deutsche Arbeitsrecht ist durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen in hohem Maße binnendifferenziert. Wir haben weder einen gesetzlichen Mindestlohn<sup>91</sup> noch staatliche Wirtschaftsförderung in Verbindung mit Quoten zur Förderung von Minderheiten. Zwangsschlichtungen sind uns unbekannt. Der deutsche Staat hält sich im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen dezidiert zurück. Die Tarifbindung ist rückläufig.<sup>92</sup> Trotzdem insistieren Arbeitgeberverbände und ihnen nahe stehende Wissenschaftler auf dem Bild eines die ökonomische Dynamik strangulierenden Normenkorsetts, das Arbeitslosigkeit zementiert. Für denjenigen, der solchen Sichtweisen folgt, ist es nahe liegend, den Abbau von Personal als Lösung des Problems zu bewerten und im Verzicht auf Neueinstellungen die Voraussetzung für zukünftige Erfolge zu sehen. Vor allem dort, wo unternehmerische Entscheidungen aus dem Bauch heraus gefällt werden, verfestigen sich Misstrauen und Ablehnung gegen das Arbeitsrecht und speziell gegen den Kündigungsschutz.

Nichtsdestotrotz gilt für eine faire Gesamtschau noch immer, dass die politische Dimension der Arbeitsbeziehungen vernünftigerweise nicht ausgeklammert werden darf. Es wäre fatal, auszublenden, dass Arbeitnehmerschutz die Chance bietet, Akzeptanz zu gewinnen.<sup>93</sup> Der Kündigungsschutz ist Reflex eines wohlverstandenen Human-Kapital-Konzepts.<sup>94</sup> Der pflegliche Umgang mit den »human resources« ist bei Licht besehen keineswegs ein Standort-Nachteil.

Eine flächendeckende Ersetzung des Bestandsschutzes durch Abfindungen ist im Hinblick auf die dargestellten Nachteile abzulehnen. Behutsamkeit ist geboten. Jedenfalls dort, wo es um identifizierbare personengebundene Kündigungsgründe (Fehlzeiten, Verletzung vertraglicher Pflichten) geht, müssen Arbeitnehmer weiterhin davor geschützt sein, dass ihnen gekündigt wird, ohne dass dafür ein vernünftiger Grund besteht. Derjenige, der hier tatsächlich am Arbeitsverhältnis festhalten will, muss dazu die Möglichkeit haben.

### c) *Neue Regelung*

Geld oder Arbeit – eine klare Entscheidung liefert Rot/Grün nicht. Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 26. 9. 2003 weicht von der vollmundig angekündigten Monetarisierung des Kündigungsschutzes ab und sieht lediglich vor, dass der Arbeitgeber bei Ausspruch einer Kündigung dem Arbeitnehmer mitteilen kann, dass er betriebsbedingt kündigt und dass eine Abfindung in gesetzlich geregelter Höhe<sup>95</sup> gezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer die 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage verstreichen lässt. Diese Variante erstaunt, da natürlich schon nach altem Recht jeder Arbeitgeber frei war, dem Arbeitnehmer eine Abfindung in dieser Höhe anzubieten. Beide in der Gesetzesbegründung hervor-

90 Dargestellt in *Eichhorst/Profit/Thode*, Benchmarking Deutschland: Arbeitsmarkt und Beschäftigung, S. 191.

91 Bis auf die skandinavischen Länder, Deutschland, Irland und Italien haben alle EU-Länder (und auch die USA) allgemeine, zwingende Mindestlöhne, vgl. *Bieback*, RdA 2000, 207.

92 Vgl. *Lakies*, NZA-RR 2002, 337 [339].

93 Vgl. *Däubler*, NJW 1998, 2574.

94 *Kittner*, AuR 1995, 385 [388].

95 Vorgesehen sind 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.

gehobenen Vorteile dieser Konstruktion – für den Arbeitnehmer wird die Erhebung der Kündigungsschutzklage überflüssig, der Arbeitgeber kann das Risiko vermeiden, dass die Kündigung einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand hält – bestanden bereits vorher, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Ausspruch einer im Raum stehenden Kündigung oder innerhalb von drei Wochen nach einer Kündigung einen Aufhebungsvertrag vereinbarten, der eine Abfindung vorsieht.

Sinnvoll erschiene hingegen die Einführung einer Option für Arbeitnehmer, unabhängig vom Willen des Arbeitgebers wahlweise statt Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zu verlangen.<sup>96</sup> Dieser Weg sollte auch nicht – wie vom Bundestag für den Fall vorgesehen, dass der Arbeitgeber dies so will – nur für betriebsbedingte Kündigungen eröffnet werden. Bei einer generellen Option der gekündigten Arbeitnehmer, statt Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zu verlangen, erübrigt sich ein Großteil der Kündigungsschutzklagen. Im Einzelnen:

## V. Eigener Vorschlag

### 1. Personen- und verhaltensbedingte Kündigungen

Für Kündigungen, die aus personenbedingten oder verhaltensbedingten Gründen ausgesprochen werden, muss im ersten Schritt nichts geändert werden. Die Kriterien der Rechtsprechung sind trennscharf, transparent und plausibel. Die Angst, ohne eigenes Verschulden den Arbeitsplatz zu verlieren, wäre eine denkbar schlechte Motivation.

Überaus sinnvoll wäre allerdings die Einführung eines Wahlrechts des Arbeitnehmers, das die Option eröffnet, sich für eine Abfindung zu entscheiden. Die Möglichkeit, unter den Bedingungen des § 9 Absatz 1 Satz 2 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erzwingen, löst das Problem nicht, da nur im Ausnahmefall so vorgegangen werden kann. Ist die personen- oder verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitgebers sozialwidrig, sollte der Arbeitnehmer aber frei wählen können, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzt oder eine finanzielle Abgeltung seines sozialen Besitzstandes vorzieht. Es entfielen die unwürdige Situation, so tun zu müssen, als ob man um den Arbeitsplatz kämpfe. Dieses notgedrungen unehrliche Spiel ist zeitraubend und für beide Seiten lästig.

Für den Arbeitgeber reicht die bestehende Regelung des § 9 Absatz 1 Satz 2 KSchG aus. Danach kann er bei Vorliegen besonderer Gründe die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des Arbeitnehmers erreichen. Auf diese Weise bleibt die Möglichkeit des Arbeitnehmers, Bestandsschutz zu erreichen, erhalten.

### 2. Betriebsbedingte Kündigungen

Der Kündigungsschutz muss sich gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten bewähren. Auch in strukturellen und konjunkturellen Krisen darf das unternehmerische Risiko nicht direkt zum Arbeitnehmer durchgereicht werden. Gleichwohl ist bei betriebsbedingten Kündigungen und insbesondere dann, wenn es ausschließlich um

<sup>96</sup> So auch der Justitiar der IG-Metall *Blank*, Handelsblatt vom 6. 5. 2003.



Personalabbau geht, Änderungsbedarf anzuerkennen. Gerade hier ist das bestehende System des Kündigungsschutzes zum Teil ineffektiv.

Ich plädiere für eine differenzierte Lösung. Meistens wollen Arbeitnehmer von vornherein nicht in den Betrieb zurück. Tatsächlich geht es ihnen um eine Abfindung. Von Ausnahmen abgesehen liegt der Zweck der Kündigungsschutzklage darin, dem Arbeitgeber zu zeigen, dass er nicht alles machen kann, was er will. Arbeitnehmer befürchten bei einer Rückkehr in den Betrieb Schikanen, gegen die sie sich nicht zur Wehr setzen können. Betriebsbedingte Kündigungen führen in der Regel zum Verlust des Arbeitsplatzes. Gut informierte Arbeitgeber, die von erfahrenen Anwälten vertreten werden, kicken mit einer betriebsbedingten Kündigung jeden Arbeitnehmer aus dem Betrieb. Die Rechtsprechung bietet nur bei handwerklichen Fehlern wirksamen Rechtsschutz. Die unternehmerischen Entscheidungen werden von den Arbeitsgerichten sachlich nicht überprüft. Das Bundesarbeitsgericht zieht sich auf eine Missbrauchskontrolle zurück. Gerichte, die das KSchG ernst nehmen wollen, stünden vor der Schwierigkeit, in einem Individualrechtsstreit betriebswirtschaftliche Fragen zu bewerten – ein schwieriges Unterfangen, an das sich kaum jemand traut. Nur ein kleiner Teil der klagenden Arbeitnehmer erreicht eine tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.<sup>97</sup> Nur 10% der Arbeitnehmer insgesamt, deren Arbeitsverhältnis endete, erhalten überhaupt eine finanzielle Kompensation. Selbst bei Aufhebungsverträgen wird nur in einem Drittel der Fälle eine Abfindung gezahlt. Die effektiv gezahlten Abfindungen sind im Durchschnitt sehr niedrig.

Arbeitgeber, die nicht von eigenen Arbeitsrechtlern begleitet werden und aus dem Bauch heraus agieren, glauben, dass das KSchG sie stranguliere. Sie erleiden häufig – etwa bei gerichtlichen Konflikten – auch tatsächlich Schiffbruch. Der Kündigungsschutz dürfte hier in der Tat als Einstellungshindernis wirken – ideologische Propaganda, politische Vorurteile und kommunikative Defizite schlagen als self-fulfilling prophecy zurück. Der Einwand, dass informiert und geschult werden müsste und dieser Personenkreis andererseits sehr wohl imstande ist, einen Steuerberater aufzusuchen, ist richtig, stößt aber offensichtlich auf Grenzen.

Wenn gerade bei betriebsbedingten Kündigungen ein effektiver Rechtsschutz kaum besteht und flächendeckend auch keine adäquaten finanziellen Kompensationen erreicht werden, erscheint es nicht sinnvoll, den status quo als bewährte Lösung hochzuhalten. Die Vorteile eines Systemwechsels sind deutlich. Für kleine und mittlere Betriebe, die typischerweise nicht über eigene arbeitsrechtliche Kompetenz verfügen, sollte das Verfahren durch eine Regelabfindung vereinfacht und standardisiert werden. Der Vorteil für Arbeitnehmer läge darin, immer eine adäquate Abfindung beanspruchen zu können. Das Gefeielsche um die Höhe der Abfindung entfielen. Die Kriterien wären transparent, die Transaktionskosten berechenbar. Nachteilig für Arbeitnehmer wäre, dass der Arbeitsplatz auch dann verloren geht, wenn die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt ist. Der Arbeitgeber kann sich also »freikauften«.

Dem Einwand, dass wegen dieser Möglichkeit nur noch betriebsbedingt gekündigt würde, ist zweierlei entgegen zu halten: Zum einen könnte die zwingende Regelabfindung ökonomisch umgekehrt Anlass sein, aus der betriebsbedingten Kündigung zu fliehen. Zum anderen wird auch heute noch verhaltens- und personenbedingt gekündigt, obwohl die betriebsbedingte Kündigung gerichtlich viel einfacher durch-

97 1980 führten 9% der Kündigungsschutzklagen zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, vgl. *Falke/Höland/Robde/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).

zusetzen ist – dass sich daran grundlegend etwas ändert, erscheint nicht nahe liegend.<sup>98</sup>

Nur im Fall der Sittenwidrigkeit<sup>99</sup> und des Gesetzesverstoßes (Maßregelung,<sup>100</sup> Diskriminierung wegen des Geschlechts<sup>101</sup>) würde die automatische Kapitalisierung des sozialen Besitzstandes nicht greifen. Genauso muss der Sonderkündigungsschutz für Betriebsräte erhalten bleiben – es wäre ein Unding, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit hätte, jederzeit einen Betriebsrat gegen Zahlung einer Abfindung zu verabschieden.

Die gesetzliche Regelung muss zwingend und – auch im Insolvenzfall – sicher sein. Auch wirtschaftlich schwächere Arbeitgeber müssen leistungsfähig sein (sie könnten durch einen Fond, ein Umlageverfahren unterstützt werden). Bei dieser Konstruktion steht und fällt alles mit der Höhe der Abfindung. Wäre sie zu niedrig, gäbe es keinen Anreiz, auf vermeidbare Kündigungen zu verzichten. (Für Arbeitgeber wäre es insbesondere attraktiv, statt aus verhaltensbedingten oder personenbedingten Gründen aus einem vorgeschobenen betriebsbedingten Grund zu kündigen!) Wäre sie zu hoch, würde sie betriebswirtschaftlich notwendige Anpassungsprozesse behindern. Ein halbes Gehalt pro Beschäftigungsjahr als Grundabfindung erscheint sinnvoll.<sup>102</sup>

Das Recht des Arbeitnehmers, darüber hinaus die Sozialwidrigkeit einer Arbeitgeberkündigung geltend zu machen, sollte nicht beschnitten werden. Eine höhere Abfindung<sup>103</sup> ist für den Fall vorzusehen, dass die Kündigung sozialwidrig ist.<sup>104</sup> Positiver Effekt dieser Differenzierung wäre das abschreckende Moment: Arbeitgeber wären gut beraten, nicht leichtfertig zu kündigen.

Von zentraler Bedeutung ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt und mit welchen Folgen der Arbeitnehmer sich für eine Abfindung entscheiden muss. Eine besonders rigide Lösung läge darin, den Arbeitnehmer zu zwingen, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung die Abfindung zu verlangen und ihm damit zugleich endgültig den Weg abzuschneiden, nicht nur die Sozialwidrigkeit der Kündigung, sondern jeglichen Unwirksamkeitsgrund geltend zu machen (also z. B. § 102 BetrVG, § 612 a BGB, § 242 BGB, § 613 a BGB, § 9 MuSchG, § 18 BErzGG, § 15 SchwbG). Das andere Extrem läge darin, den Abfindungsanspruch ohne jede Frist zu normieren und dem Arbeitnehmer auf dieser Basis zusätzlich das Recht einzuräumen, jeden Unwirksamkeitsgrund geltend zu machen und als Rechtsfolge Bestandsschutz vorzusehen.

Eine inhaltliche Debatte über derartige Grundfragen ist nicht geführt worden. Zu wenig Beachtung gefunden hat in der bundesdeutschen Diskussion auch das neue österreichische Modell:<sup>105</sup> Arbeitgeber zahlen 1,53% des Gehalts monatlich in einen Fond ein, der für jeden Arbeitnehmer ein Konto führt. An den Arbeitnehmer ausgezahlt wird das Konto bei einer Kündigung,<sup>106</sup> die nicht selbst verschuldet ist, bei Langzeitarbeitslosigkeit und bei Erreichen der Rentenaltersgrenze. Bei Erreichen der Altersgrenze kann die gesamte Abfindung einer Rentenkasse übertragen werden, die den Abfindungsanspruch in einen Rentenanspruch umwandelt.<sup>107</sup> Der Charme

98 Allerdings ist auffallend, dass vor 20 Jahren nur in einem Drittel aller Fälle aus betriebsbedingten Gründen gekündigt wurde. Dieser Anteil hat sich heute verdoppelt.

99 Vgl. BAG 21. 2. 2001 E 97, 92 sowie jüngst BAG 6. 2. 2003 – 2 AZR 672/01.

100 § 612 a BGB.

101 § 611 a BGB.

102 Und – etwa im Vergleich zur niederländischen Regelung, vgl. *Jacobs*, AuR 2003, 329 [330] – sehr maßvoll.

103 Im Interesse der Rechtssicherheit erscheint ein klar definierter Zuschlag auf die Grundabfindung – z. B. 25% – erforderlich.

104 So auch Arbeitsrechtsausschuss des DAV, März 2003.

105 Vgl. *Neef*, NZA 2000, 7.

106 Das Abfertigungsrecht verdrängt nicht etwa den Kündigungsschutz.

107 Vgl. *Achitz*, Mitbestimmung 2003, 23.

dieses Modells liegt nicht nur in der Einfachheit und Überschaubarkeit, sondern auch darin, dass der Reiz, aus dem Arbeitsrecht zu fliehen und prekäre Beschäftigungsformen (Befristung, Leiharbeit) zu suchen, gemildert wird. Die Mobilien, die – wie typischerweise Frauen – kürzere Beschäftigungszeiten aufweisen, werden nicht länger bestraft. Allerdings wird man nicht übersehen dürfen, dass es Haushaltspolitikern in den Fingern jucken dürfte, die Defizite öffentlicher Kassen durch einen Griff in diesen Kapitalstock zu decken.

## VI. Auf dem Weg zu mehr Beschäftigung?

Ein schlüssiger, großer Wurf, der Strukturdefizite des KSchG behebt, wurde nicht verabschiedet.<sup>108</sup> Weitere Teile der Agenda 2010 sollen folgen: Obwohl z. B. die Tarifvertragsparteien dazu übergehen, für immer mehr Regelungsgegenstände Öffnungsklauseln vorzusehen,<sup>109</sup> droht die Bundesregierung, gesetzgeberisch einzugreifen.

Für den hier diskutierten Bereich des Kündigungsschutzes wäre viel Phantasie gefragt, um sich vorstellen zu können, dass die beschlossenen Änderungen – noch dazu bereits in dieser Legislaturperiode – eine Trendwende auf dem Arbeitsmarkt bewirken.<sup>110</sup>

108 Ebenso *Bauer*, NZA 2003, 366 [369]; *Meinel*, DB 2003, 1438 [1439]; ferner *Bauer* und *Preis*, NZA 2003, 704 [707].

109 *Clasen*, BABl. 2003, 20 [22 f.].

110 So auch *Nägele*, BB 2003, 739 [740].