

# Rainer Erd

## Gesetzlicher Kündigungsschutz und Wirtschaftskrise

### *Anmerkungen zur Funktion einer arbeitsrechtlichen Institution*

Seit acht Jahren sind die meisten hochentwickelten kapitalistischen Länder mit einem Problem konfrontiert, das in der Vergangenheit stets politische Krisen nach sich zog: Massenarbeitslosigkeit. Was nach dem 2. Weltkrieg neben vielem anderen einem Prozeß kollektiver Verdrängung unterfiel, schob sich seit 1974 wieder unübersehbar in das Blickfeld des politischen Systems. Kapitalistische Produktionsformen generieren mit zeitlich differierender Regelmäßigkeit ökonomische Krisen, zu deren Verarbeitung die Erneuerung der Produktionsmittel (Rationalisierung) ebenso gehört wie die soziale Umschichtung der abhängig Beschäftigten im Wege von Massenarbeitslosigkeit und partieller Neueinstellung.

Dieses Wechselspiel von ökonomischer Krise und Normalität ist so alt wie die kapitalistische Produktionsweise; neu indes ist, daß es sich heute im Kontext einer Gesetzgebung und Rechtsprechung ereignet, die unter Beteiligung von Institutionen der Arbeitnehmer auf die Sicherung von Arbeitsplätzen zielen. Frühere gesetzliche Regelungen verfolgten nicht solche umfassenden Ansprüche wie das Kündigungsschutz-Gesetz (KSchG). Ursprünglich allein als Garantie von Kündigungsfristen konzipiert (so etwa im »Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch« von 1861), erfolgte erstmals mit dem Betriebsräte-Gesetz von 1920 (§§ 84 ff.) ein allgemeiner Kündigungsschutz, der allerdings die Entscheidung über die Alternative »Weiterbeschäftigung oder Abfindung« allein in die Hände des Arbeitgebers legte. Nach der nationalsozialistischen Lösung, die im wesentlichen die Elemente des Betriebsräte-Gesetzes übernahm, den Betriebsrat jedoch eliminierte (§§ 56 ff. Arbeitsordnungsgesetz), schufen das KSchG von 1951 und die veränderte Fassung von 1969 zum erstenmal die Möglichkeit eines – wenn auch, wie wir sehen werden, begrenzten – Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses<sup>1</sup>. Mit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) von 1972 schließlich hat der Gesetzgeber neben die individuelle, vom betroffenen Arbeitnehmer gerichtlich durchsetzbare Möglichkeit zur Erhaltung des Arbeitsplatzes einen kollektiven, vom Betriebsrat erzwingbaren Arbeitsplatzschutz gestellt. Im Zusammenspiel von KSchG und BetrVG liegen, so scheint es, historisch zum erstenmal Chancen für Arbeitnehmer begründet, Arbeitsplätze, die von Kündigungen bedroht sind, beizubehalten.

Doch die ökonomische Krise, die seit Jahren ein Millionenheer von Arbeitslosen erzeugt, deutet darauf hin, daß der gesetzliche Kündigungsschutz Massenarbeitslosigkeit nicht verhindern kann. Diese Interpretation kündigungsschutzrechtlicher Normen drängt sich auf, wenn man das Phänomen Massenarbeitslosigkeit näher

<sup>1</sup> Zur Geschichte des Kündigungsschutzes siehe W. Daubler, Das Arbeitsrecht, Band 2, Reinbek bei Hamburg 1979, S. 263 ff.

betrachtet; Höhe und Struktur lassen nicht erkennen, daß staatliche Entscheidungen die vom Arbeitsmarkt strukturierte Arbeitslosigkeit prinzipiell verändern. Vielmehr scheint es so zu sein, daß der gesetzliche Kündigungsschutz unterstützend auf die Selektionsmechanismen unternehmerischer Personalpolitik einwirkt und damit Tendenzen der Arbeitsmarkt-Segmentation rechtlich absichert.<sup>1</sup>

### *1. Struktur der Arbeitslosigkeit seit Mitte der siebziger Jahre*

Nachdem die deutsche Wirtschaft Ende der fünfziger Jahre zum erstenmal wieder einen Zustand erreicht hatte, in dem eine Übernachfrage nach Arbeitskräften vorherrschte, ließ die Rezession 1966/67 bereits erkennen, daß der Höhepunkt der Vollbeschäftigung überschritten war. Während es in diesem Falle noch gelang, durch Exportüberschüsse die Rezession in kurzer Zeit zu überwinden, belastete die nächste tiefe Krise, 1974 beginnend und bis heute andauernd, das ökonomische und soziale System in der Bundesrepublik nachhaltig. Der internationale Charakter der gegenwärtigen Krise läßt nationalen Regierungen – im Gegensatz zur Situation in den sechziger Jahren – wenig Spielraum zu ihrer Überwindung, so daß ein Ende in den nächsten Jahren nicht abzusehen ist, eine Vertiefung eher erwartet werden muß. Angesichts dieser Lage entwickelte sich in den vergangenen Jahren ein arbeitsmarktpolitisches Szenario, mit dem das Kündigungsschutzrecht konfrontiert ist und an dem es sich zu bewähren hat.

1974 beginnt sich die Arbeitsmarktlage in der Bundesrepublik strukturell zu verändern. Schwankte die Arbeitslosenquote von 1970 bis 1973 in einer Spanne von 0,7 und 1,2 Prozent, so erhöhte sie sich im folgenden Jahr auf 2,6 Prozent, erreichte 1975 mit 4,7 Prozent den Höchststand in dieser Periode und fiel seit dieser Zeit nicht mehr unter 4 Prozent.<sup>2</sup> Kündigungen in großem Umfang trafen diejenigen Gruppen von Arbeitnehmern am stärksten, die insgeheim schon immer als flexible arbeitsmarktpolitische Manövriermasse galten. Der Anstieg der Ausländerbeschäftigung, der zwischen 1970 und 1973 ein Drittel betrug, wurde in kurzer Zeit wieder um dieselbe Quote rückgängig gemacht. In der heute allenthalben sichtbaren Ausländerfeindlichkeit drückt sich die von der ökonomischen Krise erzwungene verschärfte Konkurrenz um die Arbeitsplätze aus. Ausländer sind eine der Gruppen, die davon besonders getroffen werden, was sich in der weitaus höheren Arbeitslosenquote ausdrückt. Immer dann, wenn die Gesamtarbeitslosenquote drastisch ansteigt, erhöht sich die der Ausländer weit überproportional. Stieg im Jahr 1975 die Arbeitslosenquote von 2,6 auf 4,7 Prozent, so erhöhten sich die entsprechenden Daten bei den Ausländern von 2,9 auf 6,8 Prozent. Vergleichbar verlief die Entwicklung im Jahr 1981, als die Gesamtarbeitslosenquote von 3,8 auf 5,5 Prozent, die der Ausländer von 5,0 auf 8,2 Prozent anstieg.<sup>4</sup>

Ausländer sind aber nicht die einzige soziale Gruppe von Arbeitnehmern, die besonders intensiv von der Arbeitslosigkeit betroffen werden. In der Krise legt die bürgerliche Gesellschaft ihre sozialen Selektionsmechanismen mit sonst unbekann-

<sup>1</sup> Vgl. dazu Ch. Deutschmann, *Labour Market Segmentation and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Institut für Sozialforschung, hekt. Manuskript, Frankfurt am Main 1982; dort auch Hinweise auf die weitere Literatur zur Theorie segmentierter Arbeitsmärkte.

<sup>2</sup> Projektgruppe Gewerkschaftsforschung, *Rahmenbedingungen der Tarifpolitik*, Band 1, Frankfurt am Main/New York 1979, S. 13.

<sup>4</sup> *Ämliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit, Arbeitsstatistik 1981-Jahreszahlen*, Nürnberg 1982, S. 49, 70.

ter Offenheit dar, indem sie diejenigen primär vom Arbeitsmarkt ausschließt, deren Arbeitskraft nicht den höchsten Verwertungsgrad gewährt. So liegt es in der Logik kapitalistischer Krisenbereinigung, daß auch andere, als »sozial schwach« eingestufte Gruppen von Arbeitnehmern ebenfalls stärker von der Arbeitslosigkeit betroffen sind als der idealtypische Arbeiter. Während die Arbeitslosenquote der Männer sich, um dies exemplarisch zu verdeutlichen, von 1975 bis 1978 von 4,3 auf 3,4 Prozent verringerte, erhöhten sich die entsprechenden Zahlen bei den Frauen auf 5,8 Prozent. Einer Männerarbeitslosigkeit von 4,5 Prozent im Jahr 1981 steht eine Arbeitslosigkeit in Höhe von 6,9 Prozent bei Frauen gegenüber.<sup>5</sup> Neben der Nationalität und dem Geschlecht ist, mit diesen freilich zusammenhängend, die berufliche und schulische Bildung ein Kriterium für relativ stabile Beschäftigungsmöglichkeiten. Je geringer die schulische und berufliche Ausbildung, desto größer die Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt.

Die in den offiziellen Arbeitslosenstatistiken veröffentlichten Daten spiegeln indes nur einen Teil des tatsächlichen Ausmaßes der Arbeitslosigkeit wider, da diejenigen, die sich nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen, unberücksichtigt bleiben. So wird angenommen, daß in der Zeit von 1975 bis 1977 jeder fünfte abhängig Beschäftigte in der Bundesrepublik einmal seinen Arbeitsplatz verloren hat, eine Quote, die noch höher liegt, wenn man aus dieser Berechnung die Gruppen mit geringem Beschäftigungsrisiko (Beamte oder langjährige Angestellte im Öffentlichen Dienst) ausklammert.<sup>6</sup>

So läßt sich resümieren, daß es eine Gruppe von abhängig Beschäftigten gibt, die über die günstigsten Chancen auf dem Arbeitsmarkt verfügt, wenn dieser von strukturellen Krisentendenzen erschüttert wird: Junge, breit qualifizierte männliche Facharbeiter deutscher Herkunft, die längere Zeit in einem Betrieb beschäftigt sind. Ausländer, Frauen, ältere und junge unqualifizierte Arbeitnehmer hingegen sind die Opfer eines Arbeitsmarktes, der nur in zeitlich begrenzten Blütenphasen Nivellierungstendenzen zwischen den einzelnen Beschäftigtengruppen ausbildet.<sup>7</sup>

## 2. Die Praxis des Kündigungsschutzes

In welcher Weise Kündigungen von arbeitsmarktpolitisch benachteiligten Gruppen erfolgen, hat eine vom Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in der Zeit vom Oktober 1978 bis zum Dezember 1980 durchgeführte Studie empirisch aufgezeigt.<sup>8</sup> Diese bestätigt (aus der Perspektive der von Kündigungen Betroffenen) die These, daß es bestimmte soziale Gruppen sind, die von Entlassungen stärker tangiert werden als andere. Lag der Beschäftigtenanteil von Frauen 1978 bei ca. 38 Prozent, so betrug die Rate der gekündigten Frauen überproportional hoch 43 Prozent; gegenüber Ausländern, die 10 Prozent der Arbeit-

<sup>5</sup> Amtliche Nachrichten . . . a. a. O., S. 49.

<sup>6</sup> Projektgruppe Gewerkschaftsforschung, a. a. O., S. 14.

<sup>7</sup> Die arbeitsmarktpolitischen Mechanismen der Selektion bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern unter Krisenbedingungen hat R. Dombois am Beispiel von Massenentlassungen bei VW herausgearbeitet, Massenentlassungen bei VW: Individualisierung der Krise, Leviathan 1976, S. 432 ff. (447); vgl. auch R. G. Heinze, K. Hünrichs, C. Ofte, Th. Olk, Einheitsprobleme der Einheitsgewerkschaft, Soziale Welt 1981, S. 19 ff.; kritisch dazu: Ch. Deutschmann, Gewerkschaften und Arbeitsmarktsegmentierung, Soziale Welt 1981, S. 512 ff.

<sup>8</sup> Recht der Arbeit 1981, S. 300 ff.; siehe jetzt auch die Kurzfassung der Studie: J. Falke, A. Holand, B. Rhode, G. Zimmermann, Das Kündigungsgeschehen in der Bundesrepublik Deutschland, in: K. Feser u. a., Arbeitsgerichtsprotokolle, 2. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1982, S. 176 ff.

nehmer in den befragten Betrieben ausmachten, wurden 25 Prozent aller Kündigungen ausgesprochen; selbst bei den gesetzlich besonders geschützten Schwerbehinderten lag der Anteil der, in diesem Fall durch Aufhebungsverträge beendeten Arbeitsverhältnisse weit über dem von gesundheitlich nicht beeinträchtigten Arbeitnehmern; schließlich wurden die Arbeitsverhältnisse der eher schwer kündbaren älteren Beschäftigten ebenfalls in überproportional vielen Fällen durch Aufhebungsverträge beendet.

Bei allen Entlassungen dominieren mit weitem Abstand vor den fristlosen die ordentlichen Kündigungen, die 80 Prozent ausmachen. Bereits dies deutet darauf hin, daß die Struktur des Kündigungsschutzes und der Betriebsverfassung so beschaffen sein muß, daß sie Entlassungen als Regelfall und nicht nur unter äußerst erschwerten Bedingungen erlaubt. Die beiden im KSchG vorgesehenen Rechtfertigungen für eine zulässige Kündigung (betriebs- und personen- bzw. verhaltensbedingte Kündigungsgründe) sind in der Regel für Unternehmer ausreichend, um eine flexible Personalpolitik betreiben zu können. Im Rahmen der Gründe für eine ordentliche Kündigung überwiegen im Untersuchungszeitraum personen- bzw. verhaltensbedingte mit 67 Prozent die Entlassungen aus betriebsbedingten Gründen. Das bedeutet, daß Arbeitgeber bei Entlassungen häufiger Leistungs- und Eignungsprobleme (65,2 Prozent), unentschuldigtes Fehlen (34,8 Prozent) und Krankheit von Arbeitnehmern (30,4 Prozent) anführen als Gründe, die in der ökonomischen Entwicklung des Unternehmens (»betriebsbedingt«) liegen.<sup>9</sup> Bei der Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung wird deshalb besonders darauf zu achten sein, warum subjektive Kündigungsgründe den objektiven vorgezogen werden.

Vergegenwärtigt man sich nun, unter welchen Bedingungen und in welcher Weise Kündigungen in der Regel erfolgen, so wird deutlich, warum das KSchG und das BetrVG allein in 1,7 Prozent aller vor Gericht verhandelten Fälle Arbeitnehmern die Möglichkeit geben, an den alten Arbeitsplatz zurückzukehren. Da das BetrVG nur auf solche Betriebe Anwendung findet, die mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigen (auf das KSchG können sich Arbeitnehmer in Betrieben mit mindestens sechs Beschäftigten beziehen), stehen 20 Prozent aller Kündigungen unter der erschwerten Bedingung, daß der betroffene Arbeitnehmer allein gegen die Entlassung vorgehen muß. Aber auch in den Klein- und Mittelbetrieben, die über einen Betriebsrat verfügen, kommt es wesentlich häufiger zu Kündigungen als in Großbetrieben. Das liegt zum einen sicherlich daran, daß sich Großbetriebe oft auf andere Weise als durch Kündigungen von Mitarbeitern trennen (Aufhebungsverträge, Frühverrentung), hat aber auch einen Grund in der stärker kooperativen Form der Zusammenarbeit von Betriebsrat und Geschäftsleitung in Klein- und Mittelbetrieben gegenüber Großbetrieben.<sup>10</sup>

Das legt die Annahme nahe, daß nicht immer dort, wo ein Betriebsrat existiert, dieser sich auch gegen Entlassungen wendet. Es ist vielmehr umgekehrt so, daß der Betriebsrat nur in acht Prozent aller Fälle während des Anhörungsverfahrens einer Kündigung widerspricht, in zwei Drittel aller Fälle ihr hingegen zustimmt und in den restlichen Verfahren wegen Inkompetenz überhaupt keine entscheidende Rolle spielt. Erklärt sich der Betriebsrat nicht mit der Kündigung einverstanden, so sieht bei einem Drittel aller Fälle der Arbeitgeber daraufhin von einer Entlassung ab – ein

<sup>9</sup> Recht der Arbeit 1981, S. 300. Ob die in den Jahren 1978 bis 1980 gemachten Erfahrungen für Krisen verallgemeinert werden können, ist eine offene Frage, da Arbeitsrichter heute davon berichten, daß betriebsbedingte Kündigungen zunehmen. Hypothetisch kann man annehmen, daß es von der Intensität der Krise abhängt, welche Kündigungsform vorgezogen wird.

<sup>10</sup> A. a. O., S. 300 f.; vgl. auch E. Blankenburg, S. Schönholz, Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens. Darmstadt und Neuwied 1979, S. 54 ff.

Indiz dafür, daß im Wege einer an der Arbeitsplatzsicherung orientierten Betriebsratspolitik weitaus mehr erreicht werden könnte als heute geschieht.

Als Folge der nur teilweisen Repräsentanz von Betriebsräten bei Entlassungen und ihrer hohen Zustimmungsquote zu Kündigungen ergibt sich, daß nur gegen acht Prozent der ausgesprochenen Kündigungen Klage erhoben wurde. Die Mehrzahl der Entlassungen wird vor Gericht durch eine Vergleichspraxis beendet, deren Ziel in der Regel in der finanziellen Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes besteht (60 Prozent). Nur 14 Prozent der angestregten Klagen zur Erhaltung des Arbeitsplatzes werden in der ersten Instanz durch streitiges Urteil entschieden, von denen 46 Prozent feststellen, daß das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Bezieht man dies jedoch auf alle Kündigungsschutzklagen, dann erhält nur in 6,5 Prozent der Kündigungsschutz-Verfahren der Kläger ein Urteil, das den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses anordnet<sup>11</sup>. Mit diesem Urteil ist aber keineswegs garantiert, daß der zu Unrecht Gekündigte auch wieder an seinem alten Arbeitsplatz beschäftigt wird. Dies geschieht allein in 40 Prozent aller Fälle, von denen ein Drittel nach kurzer Zeit wieder aus dem Betrieb ausscheidet.

Fassen wir zusammen: Acht Prozent aller gekündigten Arbeitnehmer erheben Klage gegen ihre Entlassung und erhalten in 6,5 Prozent der Kündigungsschutz-Verfahren ein positives, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses anordnendes Urteil, das wiederum nur in geringem Umfang zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung führt. Wenn somit 1,7 Prozent aller Kläger auf gerichtlichem Weg die Rückkehr an ihren alten Arbeitsplatz erzwingen können, so bedeutet dies, daß es mit Hilfe des KSchG und BetrVG in 0,13 Prozent aller ordentlichen Kündigungen zwischen 1978 und 1980 gelungen ist, den Arbeitsplatz zu erhalten – eine Bilanz, die offensichtlich Zweifel an der Wirksamkeit kündigungsschutzrechtlicher Normen aufkommen läßt. In welcher Weise das Kündigungsschutz-Recht solche Ergebnisse ermöglicht, wie es auf vorgegebene Strukturen des Arbeitsmarktes bezogen ist und welche Funktion der Betriebsrat (als gesetzliche Institution an der Verarbeitung von Arbeitslosigkeit beteiligt) ausübt, wollen die nachfolgenden Überlegungen zeigen.

### 3. Struktur und Funktion des gesetzlichen Kündigungsschutzes

Das geltende Kündigungsschutz-System ist das gesetzliche Produkt von zwei historischen Entwicklungssträngen. Kündigungsschutz bedeutete zunächst allein die Möglichkeit des betroffenen Arbeitnehmers, gegen seine Entlassung mit rechtlichen Argumenten vorzugehen. Konnte er ursprünglich nur geltend machen, daß bestimmte Kündigungsfristen nicht eingehalten worden sind, so führte sodann das Betriebsräte-Gesetz 1920 den zweiten Grundsatz ein, daß eine Kündigung erst dann zulässig ist, wenn sie keine »unbillige Härte« darstellt. Zugleich schuf das Betriebsräte-Gesetz mit der Institution des Betriebsrats den zweiten Entwicklungsstrang im Kündigungsrecht. Indem der Betriebsrat gegen Kündigungen bestimmte rechtliche Bedenken vorbringen kann, ist der Kündigungsschutz von einem *individuellen Verfahren* des Gekündigten zu einer *kollektiven Institution* geworden, die es dem abhängig Beschäftigten erleichtern soll, seine Interessen zu vertreten. Wie der individuelle Kündigungsschutz verschiedene Stadien durchlief, bis er die heutige, im folgenden zu skizzierende Form erhielt, so auch der kollektive. In den unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen des Widerspruchsrechts des Betriebsrats, von der un-

<sup>11</sup> Recht der Arbeit 1981, S. 301.

ter schwierigen Bedingungen praktisch folgenlosen Anhörung bis zur rechtlich erzwingbaren Weiterbeschäftigung des Gekündigten, reflektiert sich das veränderte Verhältnis von Gewerkschaften und Staat. Wenn der gesetzliche Kündigungsschutz heute sowohl individuelle als auch kollektive Elemente enthält (auch wenn der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hat, kann der Betroffene vor den Arbeitsgerichten klagen), so zeigt dies das historische Stadium kapitalistischer Entwicklung. Liberale, individuelle Lösungen werden zwar rechtlich gestattet, aber zur Unterstützung durch kollektive Institutionen ergänzt; andererseits ist der Übergang zu ausschließlich kollektiven Lösungen (was unter kapitalistischen Bedingungen auch nicht möglich wäre), die erst einen wirksameren Kündigungsschutz realisieren könnten, nicht vollzogen.

### 3.1 Die betriebsbedingte Kündigung

Entgegen den gängigen Analysen, die einen wirkungsvollen Kündigungsschutz bestreiten, hebt das Kündigungsschutz-Gesetz im § 1 Absatz 1 mit einem hoffnungsvollen Grundsatz an: »Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer . . . ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.« Die vorzugsweise Erwähnung der Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung scheint darauf hinzudeuten, daß dem KSchG zufolge Kündigungen die Ausnahme, die Sicherung des Arbeitsplatzes hingegen die Regel ist. Dieser Eindruck wird verstärkt durch den zweiten Absatz des § 1 KSchG, der nach der grundsätzlichen Unwirksamkeitserklärung von Kündigungen im ersten Absatz nun im einzelnen aufführt, unter welchen Bedingungen Kündigungen rechtswidrig sind. »Sozial ungerechtfertigt«, heißt es dort, »ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, bedingt ist.« Daß Kündigungen selten nur erlaubt sind, mag der im Arbeitsrecht nicht Geschulte angesichts dieser Fülle von negativen Formulierungen mit guten Gründen annehmen.

Doch bei genauerem Hinsehen wird deutlich, daß hinter Formulierungen, die einen umfassenden Schutz von Arbeitsplätzen vor Kündigungen suggerieren, normative Regelungen verborgen sind, die ganz im Gegensatz dazu auf die Bedürfnisse unternehmerischer Personalpolitik zugeschnitten zu sein scheinen. Besonders auf ökonomische Krisenbedingungen gerichtet ist die gesetzliche Formulierung, daß Kündigungen wegen »dringender betrieblicher Erfordernisse« zulässig sind. Untersuchen wir zunächst die Handlungsmöglichkeiten des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers (ohne den Eingriff des Betriebsrats), dann gibt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) wenig Anlaß zu Hoffnungen darauf, »betriebsbedingte« Kündigungen seien unter Rekurs auf das KSchG abzuwenden. Denn die Rechtsprechung geht von dem Grundsatz aus, daß Gerichte nicht die Frage überprüfen dürfen, ob die unternehmerische Entscheidung, die zur Kündigung führte, in wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Hinsicht zweckmäßig oder notwendig war, sie dürfen allein darüber befinden, ob die Kündigung die angemessene Form der unternehmerischen Entscheidung ist, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erscheint.<sup>12</sup> Nun kann auch ein Arbeitsrichter im Rahmen dieser eng gesteckten Grenzen richterlichen Handlungsspielraums manche Unternehmerentscheidung

<sup>12</sup> BAG GS AP Nr. 20 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr. 28 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG AP Nr. 14 und 22 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

korrigieren und betriebsbedingte Kündigungen für rechtswidrig erklären, beispielsweise wenn er zeigt, daß ein spezifisches betriebsökonomisches Problem auch im Wege von Umsetzungen, Umschulungen oder durch Kurzarbeit hätte gelöst werden können. Gegen eine vom Unternehmer jedoch mit sorgfältiger Begründung vorgelegte betriebsbedingte Kündigung wird der betroffene Arbeitnehmer erfolglos vor den Arbeitsgerichten bleiben.<sup>13</sup> Ist eine betriebsbedingte Kündigung rechtmäßig ausgesprochen worden, dann erhält der Gekündigte nicht einmal eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG, auch dann nicht, wenn eine große Anzahl von Personen sukzessive entlassen und damit die zwingenden Vorschriften für einen Interessenausgleich oder einen Sozialplan umgangen werden. Diese gesetzliche Regelung ist einer der Gründe dafür, warum in vielen Fällen von der Kündigung bedrohte Arbeitnehmer »freiwillig« den Betrieb verlassen und auf diese Weise noch eine Abfindung erhalten.

Ist der einzelne Arbeitnehmer gegenüber einem sachkundig argumentierenden Unternehmer ohne Chance, seinen Arbeitsplatz zu erhalten, so gibt ihm das KSchG bei der Frage, *welcher* Beschäftigte entlassen werden soll, Möglichkeiten zur Arbeitsplatzsicherung. Denn der betroffene Arbeitnehmer kann bei einer »betriebsbedingten« Kündigung geltend machen, der »Arbeitgeber habe bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt« (§ 1 Absatz 3 KSchG). »Soziale Gesichtspunkte«, deren Mißachtung zur Unwirksamkeit der Kündigung führen können, sind der Rechtsprechung zufolge das Lebensalter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Familienstand, die Vermögensverhältnisse usw.<sup>14</sup> So schützt das KSchG bei einer »betriebsbedingten« Kündigung den Arbeitsplatz des Älteren auf Kosten eines Jungen, des lang Beschäftigten zu Lasten des Neuen, des Verheirateten gegenüber dem des Ledigen, des Qualifizierten auf Kosten des Unqualifizierten, des Mannes gegenüber Frauen, des Deutschen zu Lasten von Ausländern. Die Struktur der Arbeitslosigkeit, wie sie unter ökonomischen Krisenbedingungen durch die unternehmerische Personalpolitik erzeugt wird, findet eine zusätzliche Absicherung in der normativen Regelung des KSchG. Arbeitsmarktpolitische Selektionsmechanismen und arbeitsrechtliche Kündigungsrichtlinien ergänzen einander. Die in der Arbeiterschaft angelegte Fraktionierung nach Kriterien von Qualifikation, Geschlecht, Alter und Nationalität erfährt durch den gesetzlichen Kündigungsschutz eine normative Bestätigung.

Zieht man nun die Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats gegenüber »betriebsbedingten« Kündigungen mit ein, so werden die normativen Selektions- und Integrationsmechanismen noch differenzierter, freilich ohne in größerem Umfang wirkungsvoller zu werden. Neben der mangelhaften Sozialauswahl (die übrigens bei »berechtigten betrieblichen Bedürfnissen« übergangen werden kann, § 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG) vermag der Betriebsrat zusätzlich drei Argumente gegen eine »betriebsbedingte« Kündigung anzuführen: 1. Der zu kündigende Arbeitnehmer kann an einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden, 2. die Weiterbeschäftigung ist nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen möglich und 3. der betroffene Arbeitnehmer wird unter geänderten Vertragsbedingungen mit seinem Einverständnis weiterbeschäftigt (§ 1 Absatz 2 KSchG, § 102 Absatz 3 BetrVG). Die drei Widerspruchsmöglichkeiten des Betriebsrats können nur dann wirkungsvoll eingesetzt werden, wenn der Betriebsrat über intime Kenntnis der betrieblichen Arbeitsplatzsituation verfügt und/oder wenn der betroffene Arbeit-

13 Zur Rechtsprechung im einzelnen vgl. G. Schaub, Aktuelle Fragen zum Kündigungsschutzgesetz unter besonderer Berücksichtigung der betriebsbedingten Kündigung, *Recht der Arbeit* 1981, S. 371 ff.

14 Vgl. dazu im einzelnen BAG AP Nr. 7, 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG 1972.

nehmer einwilligt, auch unter schlechteren und damit geringer entlohten Vertragsbedingungen zu arbeiten. Der zu kündigende Arbeitnehmer und der Betriebsrat werden auf diese Weise in eine zwiespältige Position versetzt. Einerseits sollen sie Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen (Sicherung des Arbeitsplatzes), andererseits wird von ihnen verlangt, Überlegungen aus der Perspektive der Geschäftsleitung anzustellen. So wie von dem abhängig Beschäftigten und dem Betriebsrat verlangt wird (bei der Sozialauswahl), die Interessen des einen gegen die des anderen Arbeitnehmers auszuspielen, so soll er auch über komplexe Managementinformationen verfügen, die zu erhalten nur möglich ist, wenn eine gewisse positive Identifikation mit dem Betrieb existiert.<sup>15</sup>

Die widersprüchliche Position, in die der Betriebsrat aufgrund der gesetzlichen Regelung für Kündigungen kommt, ist freilich insofern nichts Außergewöhnliches, als sie nur eine Konkretisierung des generellen Dilemmas der Handlungsmöglichkeiten im Rahmen der gesetzlichen Betriebsverfassung darstellt. Charakteristisch für das BetrVG ist es ja, daß der Betriebsrat die praktisch unmögliche Aufgabe vollbringen soll, die antagonistischen Interessen von Kapital und Arbeit dauerhaft auszugleichen, ohne sich mit einer der beiden Parteien grundsätzlich zu identifizieren. Beobachtungen, denen zufolge der Betriebsrat in der überwiegenden Mehrzahl aller Betriebe eher den Entscheidungen der Geschäftsleitung zuneigt und diese an die Belegschaft legitimierend weitergibt<sup>16</sup>, werden durch die Analyse der Struktur des gesetzlichen Kündigungsschutzes unterstützt. Indem das KSchG und das BetrVG den Betriebsrat bei Kündigungen, sofern er überhaupt widerspricht, dazu veranlassen, die Interessen des einen gegen die des anderen Arbeitnehmers auszuspielen oder von Kündigungen Bedrohten anzuraten, »freiwillig« unter schlechteren Vertragsbedingungen zu arbeiten, verhindert es, daß er als Interessenvertreter *aller* abhängig Beschäftigten *kollektive, solidarische* Problemlösungs-Möglichkeiten erproben kann. Der Betriebsrat wird eher in die Rolle der Personalabteilung gedrängt, was für ihn besonders dann problematisch werden kann, wenn die von ihm mitgetragene Entscheidung später vom Arbeitsgericht aufgehoben wird. Mit großem Arbeitsaufwand wird der Betriebsrat, so die gesetzliche Konstruktion, nicht mehr erreichen, als einzelnen Arbeitnehmern den Arbeitsplatz zu erhalten und der Geschäftsleitung die undankbare Aufgabe abzunehmen, die Konkurrenz der Beschäftigten um den Arbeitsplatz auf Kosten einiger sozialer Gruppen verschärft zu haben. Die geringe Zahl von Widersprüchen gegen Kündigungen dürfte auch in dieser strukturell widersprüchlichen gesetzlichen Konstruktion einen Grund haben.

### 3.2 Der Weiterbeschäftigungsanspruch

Nun haben die vorangegangenen Überlegungen immerhin zu dem Ergebnis geführt, daß der Betriebsrat zwar keine solidarische, kollektive Politik der Arbeitsplatzsicherung verfolgen kann, sehr wohl aber die Arbeitsplätze Einzelner zu erhalten vermag. Das ist allerdings nur dann möglich, wenn das Gesetz den Fall vorsieht, daß ein Entlassener solange weiterbeschäftigt werden muß, bis über die Zulässigkeit der Kündigung rechtskräftig entschieden worden ist. Der in § 102 Absatz 5 Satz 1 BetrVG fixierte Weiterbeschäftigungsanspruch ist aber gesetzlich dadurch bereits wieder erheblich eingeschränkt, daß die Weiterbeschäftigung nicht »zu einer unzu-

<sup>15</sup> Ähnlich Däubler, Das Arbeitsrecht, Band 1, Reinbek bei Hamburg 1976, S. 161 ff.

<sup>16</sup> H. Kothhoff, Zum Verhältnis von Betriebsrat und Gewerkschaft, in: J. Bergmann (Hg.), Zur Soziologie der Gewerkschaften, Frankfurt am Main 1979, S. 198 ff.

mutbaren wirtschaftlichen Belastung führen« darf (§ 102 Absatz 5 Satz 2 Ziffer 2 BetrVG). Da eine Kündigung, wie wir gesehen haben, aus »dringenden betrieblichen Gründen« zulässig ist, bestehen im Klagefall für eine Weiterbeschäftigung schon deshalb wenig Aussichten, weil ebensolche Gründe ihr entgegenstehen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch läuft insofern bereits durch seine gesetzliche Konstruktion weitgehend leer.

Wenn der Weiterbeschäftigungsanspruch des Gekündigten in der Regel nicht realisiert werden kann, dann muß sich der Betroffene während der Dauer des Prozesses der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen und sich um einen anderen Arbeitsplatz bemühen. Findet er eine neue Arbeitsstelle, dann scheidet die Weiterbeschäftigung am alten Arbeitsplatz schon deshalb aus. Bleibt er während der Dauer des Prozesses arbeitslos, dann scheidet bei positivem Ausgang des Kündigungsprozesses die Weiterbeschäftigung normalerweise daran, daß der Arbeitgeber vorträgt, »eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit« sei nicht zu erwarten (§ 9 Absatz 1 KSchG). Angesichts dieser Umstände kann der Einschätzung eines Gewerkschafters zugestimmt werden: »... Ein »Kündigungsschutz«-Prozeß ist – mit verschwindenden Ausnahmen – kein Prozeß um den Bestand des Arbeitsplatzes, sondern ein Prozeß um die Höhe der Abfindung. Soweit nicht das Recht zur ordentlichen Kündigung für bestimmte Personengruppen ausgeschlossen ist... existiert in der Bundesrepublik Deutschland ein echter Schutz vor Kündigungen nicht.«<sup>17</sup>

Die Kritik der Gewerkschaften an der herrschenden Meinung zum Weiterbeschäftigungsanspruch geht aber noch darüber hinaus. Sie kritisieren, daß der Weiterbeschäftigungsanspruch des Betriebsverfassungsgesetzes keine ausschließliche Regelung darstellt, sondern nur die Konkretisierung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches ist. Der in § 102 Absatz 5 BetrVG normierte Weiterbeschäftigungsanspruch gilt nur bei ordentlichen Kündigungen, setzt die Existenz eines Betriebsrats voraus sowie, daß dieser von seinen Widerspruchsrechten Gebrauch macht. Umgekehrt formuliert: In den wichtigsten Fragen des Kündigungsschutzes kann der Betriebsrat nicht gemäß § 102 Absatz 5 BetrVG einer Kündigung widersprechen. Ob ein Arbeitsplatz betriebsbedingt entfallen ist, ob der Gekündigte eine unzulässige Vertragsverletzung begangen hat oder ob ihm die erforderliche Eignung fehlt – all dies kann der Betriebsrat im Widerspruchsverfahren nicht geltend machen und löst deshalb nicht den Weiterbeschäftigungsanspruch aus<sup>18</sup>. Die Frage, die das BAG auf die Initiative der Gewerkschaften hin zu entscheiden hatte, lautete deshalb: Gibt es einen über die gesetzliche Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG hinausgehenden allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch, der allen Gekündigten garantiert, bis zur endgültigen Entscheidung über ihre Klage beschäftigt zu werden?

Die Verneinung der Frage durch das BAG und die Anerkennung eines (neben der gesetzlichen Regelung bestehenden) Weiterbeschäftigungsanspruches nur für den seltenen Fall einer »offenbar rechtsunwirksamen oder rechtsmißbräuchlichen Kündigung«<sup>19</sup> provozierte in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ablehnende Stellungnahmen von einem Ausmaß, das annähernd nur in den Auseinandersetzungen über die Aussperrung erreicht wurde. Denn mit dieser Entscheidung anerkannte das BAG einen Weiterbeschäftigungsanspruch nur in den Ausnahmefällen, in denen der Betriebsrat vor der Kündigung nicht gehört worden ist, er der Kündigung eines

17 M. Kirtner, *Arbeits- und Sozialordnung. Ausgewählte und eingeleitete Gesetzestexte*, Köln 1976, S. 546.

18 O. Wlotzke, M. Lorenz, *Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses – Eine Regelungsaufgabe für den Gesetzgeber, Arbeit und Recht* 1980, S. 1 ff. (3).

19 BAG vom 25. 5. 1977, *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, S. 239 ff.

seiner Mitglieder nicht zugestimmt hat oder die staatlichen Genehmigungen bei der Entlassung von Schwangeren oder Schwerbeschädigten fehlen. Da das KSchG von der Idee einer nach der Kündigung erfolgenden gerichtlichen Kontrolle durch Feststellungsklage ausgehe und nicht von einer präventiven Kontrolle durch ein die Weiterbeschäftigung aussprechendes Leistungsurteil, habe der Arbeitnehmer mit Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bei einer fristlosen Kündigung mit Zugang des Entlassungsschreibens zunächst (und wie wir sahen: in der Regel für immer) den Betrieb zu verlassen.

Das Urteil des BAG, das der Unternehmensleitung eine nahezu unkontrollierte Verfügungsmacht in personalpolitischen Fragen beläßt, ist bereits im ersten Jahr von 34 erstinstanzlichen und von vier Landesarbeitsgerichten kritisiert und seine Verbindlichkeit bestritten worden.<sup>20</sup> Gegenüber dem BAG wird eingewendet, daß der – auch von ihm anerkannte – allgemeine Beschäftigungsanspruch eines jeden Arbeitnehmers nicht mit Ablauf der Kündigungsfrist bzw. dem Zugang der fristlosen Kündigung entfällt, wenn die Kündigung unwirksam ist und der betroffene Arbeitnehmer dies gerichtlich geltend gemacht hat. Der gekündigte Arbeitnehmer vermag den Weiterbeschäftigungsanspruch im Wege der objektiven Klagehäufung durch Leistungsklage neben der Feststellungsklage gerichtlich klären lassen. Im Kündigungsschutzverfahren kann das Arbeitsgericht, so die Meinung der Kritiker des BAG, der Kündigungsschutz-Klage stattgeben und zugleich dem Leistungsantrag auf Beschäftigung entsprechen.<sup>21</sup>

Der Kontroverse zwischen dem BAG und einer Reihe von erstinstanzlichen Arbeitsgerichten liegt ein Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zugrunde, den die unterschiedlichen Meinungen, ohne daß dies explizit so dargestellt würde, kompromißlos zugunsten der einen oder anderen Partei entscheiden.<sup>22</sup> Da in der Zeit zwischen der Kündigung und der gerichtlichen Entscheidung nahezu immer Unsicherheit über die Rechtmäßigkeit der unternehmerischen Maßnahme besteht, kann die Frage des Weiterbeschäftigungsanspruchs nur unter Verletzung der Interessen einer der beiden Parteien beantwortet werden. Die überwiegende Meinung der erstinstanzlichen Arbeitsgerichtsbarkeit sieht das Beschäftigungsinteresse des gekündigten Arbeitnehmers deshalb als höherrangig gegenüber der personalpolitischen Dispositionsfreiheit des Unternehmers an, weil sie die mit dem Verlust des Arbeitsplatzes verbundenen sozialen und psychischen Probleme als schützenswerter ansieht als die Akkumulationsinteressen der Arbeitgeber. Sie geht damit implizit von einer Interpretation des kapitalistischen Produktionsprozesses aus, wonach dieser eine strukturelle Disparität zuungunsten der abhängig Beschäftigten enthält. Die Meinung des BAG hingegen ist vor dem Hintergrund eines pluralistischen Gesellschaftsmodells formuliert, demzufolge die Interessen der Arbeitnehmer gleichberechtigt neben denen der Arbeitgeber stehen und deshalb nicht besonders berücksichtigt werden müssen. Die bereits in den erstinstanzlichen Aussperrungs-Urteilen sichtbar gewordene alternative Argumentationsstruktur gegenüber dem BAG wird auch in diesen Urteilen offenbar. Augenscheinlich hat sich in den vergangenen Jahren in der Arbeitsgerichtsbarkeit eine argumentative Kluft zwischen den erstinstanzlichen Arbeitsgerichten und dem BAG aufgetan, die längerfristig zu einem Legitimationsverlust der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Arbeitsachen führen kann.

<sup>20</sup> Wie das BAG haben in demselben Zeitraum nur sechs Arbeitsgerichte und vier Landesarbeitsgerichte entschieden, vgl. die Angaben bei M. Coen, *Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, Köln 1979, S. 75 ff., bes. FN 231.

<sup>21</sup> Siehe dazu die Angaben bei M. Coen, a. a. O., S. 78 FN 232 und 233.

<sup>22</sup> Dazu ausführlich M. Coen, a. a. O., S. 89 ff.

Obwohl die gesetzliche Regelung der betriebsbedingten Kündigung auf die wirtschaftlichen Interessen und Notwendigkeiten der Arbeitgeber unter ökonomischen Krisenbedingungen zugeschnitten ist, überwiegen in der Praxis der Arbeitsgerichte Kündigungen wegen personen- oder verhaltensbedingten Gründen. Die Ursache dafür, daß die Unternehmer bei Kündigungen häufiger auf Gründe zurückgreifen, die im Verhalten oder in der Person des zu Entlassenden liegen und nicht in den objektiven wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens, scheint eine doppelte zu sein. Zum einen wird ein Großteil von wirtschaftlich bedingten (Massen-) Entlassungen zwischen Gewerkschaften, Betriebsrat und Geschäftsleitung direkt geregelt, ohne daß die Arbeitsgerichte in den Konflikt einbezogen würden.<sup>23</sup> Zum anderen enthält die gesetzliche Regelung der betriebsbedingten Kündigung gegenüber den anderen Formen der Entlassung eine Reihe von Hemmschwellen, so daß Unternehmer in wirtschaftlich nicht so angespannten Situationen eher auf die personen- oder verhaltensbedingte Kündigung zurückgreifen. Denn obwohl Arbeitgeber aus Gründen ökonomischer Rentabilität des Betriebes kündigen können, müssen sie der Rechtsprechung zufolge doch dartun, daß es keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten gibt, und sie müssen bei der Entlassung soziale Gesichtspunkte berücksichtigen.<sup>24</sup> Da die personen- und verhaltensbedingte Kündigung nahezu ausschließlich auf das zurechenbare Fehlverhalten oder die Krankheit des betroffenen Arbeitnehmers abstellt, entfallen weitgehend die bei der betriebsbedingten Kündigung möglichen Einspruchsgründe. Mit dieser Feststellung sei keineswegs – im Widerspruch zu oben skizzierten Thesen – behauptet, die gesetzliche Regelung der betriebsbedingten Kündigung biete einen Arbeitsplatzschutz. Allein deshalb, weil es in bestimmten ökonomischen Situationen den Unternehmern im Wege der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung einfacher und schneller gelingt, Arbeitnehmer zu entlassen, wird in geringerem Umfang von der betriebsbedingten Kündigung Gebrauch gemacht. Die personen- oder verhaltensbedingte Kündigung gewährt die selben personalpolitischen Handlungsmöglichkeiten während einer ökonomischen Krise, nur einfacher und schneller, sofern nicht Entlassungen in großem Umfang vorgenommen werden sollen, die im Wege der betriebsbedingten Kündigung problemloser ausgesprochen werden können.

Während die Rechtsprechung im Bereich der *verhaltensbedingten* Kündigung, d. i. eine Kündigung wegen Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten (z. B. häufiger Alkoholgenuß während der Arbeitszeit), seit Anfang der siebziger Jahre keine bedeutenden Veränderungen erfahren hat<sup>25</sup>, entzündeten sich über dem wichtigsten Fall der *personenbedingten* Entlassung, wegen häufiger Kurzerkrankungen, Kontroversen, die bis heute nicht beendet sind. Krankheit, d. h. die – zumindest für sechs Wochen – bezahlte Freistellung von der Arbeit außerhalb des Urlaubs, ist in einer kapitalistischen Wirtschaft, die sich an der maximalen Mehrwertproduktion orientiert und deren Ziel nicht darin besteht, Arbeitsplätze und Produktionsformen bereitzustellen, die kreative Fähigkeiten fördern, konstitutiver Bestandteil der Überlebensstrategien von abhängig Beschäftigten. So wie der Unternehmer einer nachlassenden Gewinnentwicklung durch die Intensivierung der Arbeit begegnen kann, vermag der Arbeitnehmer demgegenüber mit einer Leistungsminderung zu reagieren, die sich zur Rechtfertigung auf Krankheit beruft. Krankheit ist deshalb in bestimmten Ausmaßen ein zulässiger Arbeitsverweigerungsgrund, weil ein unausge-

23 Vgl. dazu die exemplarische Analyse von Dombois, a. a. O.

24 G. Schaub, a. a. O., S. 374 ff.

25 W. Däubler, a. a. O., Band 1, S. 288 ff.

sprochener Konsens darüber besteht, daß speziell die entfremdeten Formen kapitalistischer Lohnarbeit Krankheiten fördern, zu deren Heilung neben der gesellschaftlichen Institution Sozialversicherung auch der individuelle Unternehmer beitragen muß.<sup>26</sup>

Freilich verändert sich die Toleranzschwelle von Unternehmern und von der Rechtsprechung gegenüber zulässigen Krankheitsquoten mit wechselnden ökonomischen Situationen. So tolerierten viele Unternehmer mit Beginn der Wirtschaftskrise 1974 nicht mehr solche Fehlzeiten, die sie in Hochkonjunkturzeiten umstandslos hingenommen hatten. Die Arbeitsgerichtsbarkeit wurde infolgedessen immer häufiger mit Klagen beschäftigt, vermittels derer entlassene Arbeitnehmer monierten, aus Gründen gekündigt worden zu sein, die bislang von der Rechtsprechung nicht akzeptiert worden waren. Unbestritten ging die Rechtsprechung bislang davon aus, daß langanhaltende Krankheiten einen zulässigen Kündigungsgrund darstellten<sup>27</sup>, häufige Kurzerkrankungen hingegen sind als Begründung für eine Entlassung erst seit Mitte der siebziger Jahre in das Zentrum des Interesses der Arbeitsgerichtsbarkeit gerückt.

Bei Kündigungen wegen *wiederholter Kurzerkrankungen* prüfen die Arbeitsgerichte als erste Frage, ob ein Arbeitnehmer in der Vergangenheit häufig wegen Krankheit am Arbeitsplatz gefehlt hat. Liegen keine erheblichen Fehlzeiten vor, dann ist die Kündigung schon aus diesem Grund sozial ungerechtfertigt. Obwohl das BAG gegen eine schematische Beantwortung der Frage, wann »wiederholte Erkrankungen« anzunehmen sind, argumentiert und es im Interesse der größtmöglichen Einzelfallgerechtigkeit ablehnt, feste und allgemein gültige Maßstäbe aufzustellen, hat sich die erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung dem nicht durchgehend angeschlossen. Ein Teil der Rechtsprechung errechnet sog. Fehlquoten, das sind jährliche Fehlzeiten im Verhältnis zur jährlichen Arbeitszeit, und hält eine Kündigung dann für rechtmäßig, wenn die durchschnittliche Fehlquote des betroffenen Arbeitnehmers einen bestimmten Prozentsatz überschritten hat. Umstritten ist bei dieser Position nahezu alles: Die einen gehen davon aus, daß die untere Grenze, bis zu der ein Arbeitnehmer wegen Krankheit fehlen darf, sieben bis dreizehn Prozent beträgt<sup>28</sup>, andere setzen sie mit 25 Prozent an; die einen nehmen als Bezugszeitraum die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses, andere nur die letzten zwei bis drei Jahre; und schließlich ist die Bezugsgröße für die Errechnung der Fehlquote umstritten (Arbeits- oder Kalendertage)<sup>29</sup>. Ohne das Problem hier näher beleuchten zu wollen, sei festgehalten, daß die uneinheitliche Rechtsprechung in diesem Punkt für den betroffenen Arbeitnehmer eine hohe Rechtsunsicherheit bedeutet, die sich ein Arbeitgeber in ökonomischen Krisensituationen deshalb zunutze machen kann, weil er weiß, daß auch eine ungerechtfertigte Kündigung nur in den seltensten Fällen zur Beibehaltung des Arbeitsplatzes für den Gekündigten führt.

Die veränderte Bedeutung von krankheitsbedingten Kündigungen angesichts verlangsamer Wachstumsraten, hoher Arbeitslosigkeit und verstärkter Rationalisie-

26 Der Zusammenhang von kapitalistischem Arbeitsprozeß und Krankheit wird ausführlich dargestellt von G. Mezger, K. Richter, R. Wahsner, Krankheit als Kündigungsgrund im Arbeitsverhältnis, Demokratie und Recht 1979, S. 264 ff.

27 BAGE 20, 345 ff. Zu prüfen ist dem BAG zufolge in diesem Zusammenhang, ob ein Ende der Krankheit objektiv nicht absehbar ist und der Arbeitsplatz aus betrieblichen Gründen wieder besetzt werden muß; vgl. auch A. Palme, Kündigung wegen Krankheit in der neueren Rechtsprechung, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1978, S. 225 ff.; M. Aden, Die Kündigung bei langandauernder Krankheit im Großbetrieb, Recht der Arbeit 1981, S. 280 ff.

28 LAG Frankfurt am Main Az.: 7 Sa 451/80; 8 Sa 875/80.

29 Vgl. dazu näher M. Mattern, Die Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten, Referat auf der Richtertagung der Hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit am 22./23. Oktober 1981 in Wiesbaden, hekt. Manuskript, S. 4 f.

nung hat in der weiteren Rechtsprechung des BAG zu Revisionen und Konkretisierungen geführt, die – wie wir bereits bei der Analyse des Weiterbeschäftigungsanspruchs sahen – die durch eine Rezession allemal verschlechterte Position des Arbeitnehmers weiter schwächen. Hatte das BAG unter Vollbeschäftigungsbedingungen bei einer krankheitsbedingten Kündigung vom Arbeitgeber gefordert, daß er sich auf Grund seiner Fürsorgepflicht vor der Kündigung Unterlagen über den voraussichtlichen Verlauf der Krankheit und über ihre Einwirkung auf den Betrieb verschaffen muß<sup>30</sup>, so entschied es nun die zweite Frage in Kündigungsschutzprozessen wegen häufiger Kurzerkrankungen dahingehend, daß eine Erkundigungspflicht des Arbeitgebers vor der Kündigung nicht existiert. Eine Kündigung kann folglich nicht mehr wegen unterlassener Erkundigung des Arbeitgebers für rechtswidrig erklärt werden.<sup>31</sup> Bei einer Kündigung wegen wiederholter Erkrankung soll es vielmehr allein auf die objektive Rechtslage zur Zeit der Kündigung ankommen. Achtete das BAG früher darauf, daß der durch eine Krankheit bereits psychisch beeinträchtigte Arbeitnehmer besonders rücksichtsvoll behandelt wird (in einer Zeit, so möchte man hinzufügen, in der alle Arbeitskräfte benötigt wurden), so will es heute kranke Arbeitnehmer offenbar durch einen Kündigungsschutz-Prozeß zusätzlich unter Druck setzen, sich den verschlechterten Arbeitsbedingungen anzupassen. Entsprechend diesem Wandel in der Rechtsprechung ist gegenwärtig – im Gegensatz zu den fünfziger und sechziger Jahren – die sorgfältige Erkundigung des Arbeitgebers über den Gesundheitszustand seiner Beschäftigten vor Ausspruch der Kündigung eher die Ausnahme geworden.<sup>32</sup> Arbeitgeber können, so das BAG, wegen personenbedingter Gründe kündigen, wenn die bisherigen Erfahrungen den Schluß nahelegen, auch zukünftig werde sich nichts ändern.<sup>33</sup>

Die Tendenz, in der wirtschaftlichen Krise der unternehmerischen Notwendigkeit einer flexiblen Personalpolitik entgegenzukommen, verfolgen auch Entscheidungen von Arbeitsgerichten zu der (dritten) Frage, ob die Besorgnis wiederholter Erkrankung in der Zukunft besteht. Wenn ein Arbeitnehmer in der Vergangenheit, gleichviel aus welchen Gründen, häufig krank gewesen ist, so wird argumentiert,<sup>34</sup> dann kann daraus geschlossen werden, daß dies auch in der Zukunft der Fall sein wird. Dieses Argument geht implizit davon aus, daß Krankheit in solchen Fällen allein ein vorgeschobener Grund für mangelnde Arbeitslust ist. Wie anders ließe es sich begründen, daß die Wahrscheinlichkeit für eine zukünftige Heilung bei häufiger Krankheit in der Vergangenheit so gering eingeschätzt wird? Auch beim vierten Problemkomplex, der im Zusammenhang einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen von den Arbeitsgerichten geprüft wird, bei der Frage, ob die Fehlzeiten des gekündigten Arbeitnehmers unzumutbare betriebliche Auswirkungen zur Folge hatten, die eine Neubesetzung des Arbeitsplatzes erforderlich machten, ist das BAG kündigungsfreundliche Wege gegangen. Bei einer Krankheit, die keine »Schwierigkeiten und Störungen im Betriebsablauf« hervorruft, ist nach einhelliger Meinung die Kündigung sozial ungerechtfertigt. Das BAG hat nun die prozessuale Position des Gekündigten dadurch erheblich erschwert, daß es verlangt, er müsse substantiiert behaupten, daß seine krankheitsbedingten Arbeitsausfälle durch andere Arbeitnehmer hätten ausgeglichen werden können<sup>35</sup> – eine Behauptung, die nur der vor-

30 BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit.

31 BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972.

32 K. Popp, Häufige Kurzerkrankung als Kündigungsgrund, Arbeit und Recht 1979, S. 42 ff. (45); vgl. auch K. Popp, Materielle- und prozeßrechtliche Probleme der krankheitsbedingten Kündigung, Der Betrieb 1981, S. 2611 ff.

33 BAG EzA Nr. 5 zu § 1 KSchG Krankheit.

34 Vgl. dazu im einzelnen K. Popp, Häufige Kurzerkrankung als Kündigungsgrund, a. a. O., S. 47 f. sowie M. Matern, a. a. O., S. 6 f.

35 BAG AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972.

tragen kann, der über intime Kenntnisse der betrieblichen Personalsituation verfügt.<sup>36</sup>

#### 4. Interpretationen der Funktion von Kündigungsschutz-Normen

Über die wohlbekannte These hinausgehend, daß der gesetzliche Kündigungsschutz zur Sicherung von Arbeitsplätzen nur in den wenigsten Fällen taugt, das Kündigungsschutzgesetz eher als Abfindungsgesetz bezeichnet werden kann, sollte gezeigt werden, daß Gesetzgebung und Rechtsprechung noch weitere Funktionen erfüllen. Sie gestatten es nicht nur dem einzelnen Unternehmer, seine Personalpolitik weitgehend betriebsökonomischen Erfordernissen gemäß zu gestalten, darüber hinaus nehmen sie gesamtgesellschaftliche und arbeitsmarktpolitische Aufgaben wahr. Indem die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes krisenspezifische Selektionsmechanismen des Arbeitsmarktes unterstützt und die Institution der Interessenvertretung der Arbeitnehmer, den Betriebsrat, insofern neutralisiert, als ihm eine kollektive Form der Interessenvertretung untersagt wird, fungiert sie auch als gesamtökonomische, integrative Strategien verfolgende Regelung.

Mit dieser Interpretation soll eine Meinung kritisiert werden, die davon ausgeht, daß das KSchG und das BetrVG prinzipiell ein taugliches Instrumentarium zum Schutz von Arbeitsplätzen darstellen könnten, wenn sie in einigen Punkten reformiert werden würden. Diese Position unterstellt, daß der Interessenkonflikt zwischen der notwendigen personalpolitischen Flexibilität der Unternehmensleitungen und dem Wunsch der Arbeitnehmer nach dem Bestand des Arbeitsverhältnisses für beide Seiten optimal gelöst werden kann, selbst in wirtschaftlichen Rezessionsphasen. Dem gegenwärtigen KSchG und dem BetrVG freilich werden eine Reihe von Mängeln attestiert, die dazu führen, daß sie überwiegend zu Lasten der sozial Schwächeren wirken.<sup>37</sup>

Folgende Kritikpunkte werden hauptsächlich gegenüber der gesetzlichen Regelung angeführt und daraus entsprechende Forderungen abgeleitet:

– Wegen der langen Verfahrensdauer und dem ständig steigenden Rückstand unerledigter Sachen sei in der Arbeitsgerichtsbarkeit ein Zustand temporärer Justizverweigerung eingetreten. Dessen Ursachen werden in der unzureichenden personellen Ausstattung der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Unbeholfenheit der ohne Rechtsbeistand auftretenden Prozeßparteien, der Prozeßführung durch nicht arbeitsrechtlich spezialisierte Anwälte, dem psychischen Vergleichsdruck der Richter wegen des ständig steigenden Geschäftsanfalls usw. gesehen. Dementsprechend werden aus dieser Analyse rechtspolitische Forderungen abgeleitet, die auf eine bessere personalpolitische Ausstattung der Arbeitsgerichte, die zeitliche Konzentration des Verfahrens und andere institutionelle Veränderungen gerichtet sind.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Vgl. zum gesamten Komplex der krankheitsbedingten Kündigung auch die Broschüre der ÖTV Bezirksverwaltung Hessen und des DGB Landesbezirks Hessen, Kündigung wegen Krankheit, Frankfurt am Main 1981, in der eine Reihe erstinstanzlicher, vom BAG abweichender Urteile in Auszügen abgedruckt sind.

<sup>37</sup> F. Becker, P. Rommelspacher, Ansatzpunkte für eine Reform des Kündigungsrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 1976, S. 40 ff.; N. H. Notter, Die Sicherung des Rechts auf den Arbeitsplatz, Der Betrieb 1976, S. 772 ff.; B. Klees, Kündigungsschutz – Anspruch und Wirklichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1978, S. 177 ff.; N. H. Notter, Kündigungsschutz – Praxis und Perspektiven, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1982, S. 102 ff.

<sup>38</sup> Vgl. dazu im einzelnen die in FN 37 angeführten Texte.

– Da das Gesetz keinen generellen, mit der ordentlichen Kündigung beginnenden Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses vorsieht, sondern nur die in der Praxis fast stets erfolglose Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG kennt, führen selbst erfolgreiche Kündigungsschutzverfahren fast immer zum Verlust des Arbeitsplatzes. Im Zentrum einer Reform kündigungsschutzrechtlicher Regelungen soll deshalb der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses stehen, für den unterschiedliche Vorschläge gemacht werden. Diese reichen von der vorläufigen Vollstreckbarkeit von Feststellungsurteilen in Kündigungsschutz-Prozessen<sup>39</sup> bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine vom Arbeitgeber anzustrengende Auflösungsklage.<sup>40</sup> Den letzten Vorschlag, demzufolge der Arbeitgeber gegen den Beschäftigten auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses klagen muß und erst mit Abschluß des gerichtlichen Verfahrens ein Arbeitnehmer entlassen werden kann, haben auch die Gewerkschaften in ihren Forderungskatalog übernommen.<sup>41</sup>

Darüber hinaus tragen die Befürworter einer Reform des Kündigungsschutzes eine Reihe weiterer Forderungen vor (wie: Unwirksamkeit einer Kündigung ohne Einwilligung des Betriebsrats; innerbetriebliche Regelung von Kündigungsstreitigkeiten; Verbindlichkeit einer Abfindung bei Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen usw.), die hier nicht erörtert werden sollen. Auch sie passen in ein Konzept, das davon ausgeht, ein wirksamer Kündigungsschutz sei bei veränderten normativen Regelungen möglich.

Die Analyse von Struktur und Funktion des gesetzlichen Kündigungsschutzes wollte zeigen, daß für Hoffnungen auf eine Reform durch die staatliche Gesetzgebung deshalb kein Anlaß besteht, weil die gegenwärtige gesetzliche Regelung gesellschaftliche Funktionen erfüllt, die von einem umfassenderen Kündigungsschutz nicht erwartet werden können. Wenn es zur Sicherung des »sozialen Friedens« erforderlich ist, daß sich Massenarbeitslosigkeit in differenzierter Form vollzieht, wenn die Konkurrenz der abhängig Beschäftigten untereinander eine Garantie für ein geringes Streikniveau ist und wenn die (in Einzelfällen folgenreiche) Beteiligung des Betriebsrats bei der Erzeugung segmentierter Arbeitsmärkte die Interessenorganisation der Arbeitnehmer konfliktvermeidend absorbiert – wenn all diese funktionalen Interpretationen zutreffend sind, dann sind die Kündigungsschutz – Normen, auch wenn sie vielfach kritisiert werden, aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive heraus betrachtet die adäquate Rechtsform für eine kapitalistische Gesellschaft. Änderungen dieses Rechtszustandes müssen infolgedessen von anderer Seite aus ansetzen.

Beschäftigungspolitisch erfolgversprechender haben sich bisher tarifvertragliche Regelungen erwiesen, mit denen besonders bei Rationalisierungen bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern der Arbeitsplatz erhalten werden kann.<sup>42</sup> In diesem Bereich scheint sich auch eine juristische Auseinandersetzung anzubahnen, die ähnliche Dimensionen wie die Aussperrungs-Diskussion annehmen könnte.<sup>43</sup> Eine Sicherung von Arbeitsplätzen vor Kündigungen wird, anders als die skizzierten gesetzlichen

39 H. Otto, Der vorläufige Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses, *Recht der Arbeit* 1975, S. 68 ff.

40 N. H. Notter, Die Sicherung . . . , a. a. O., S. 773.

41 Industriegewerkschaft Metall (Hg.), Kündigungsschutztagungen 1977 und 1978, Schriftenreihe der IG Metall, Frankfurt am Main o. J., S. 8 ff., 75 ff.

42 F. Becker, P. Rommelspacher, a. a. O., S. 42 ff.; B. Klees, a. a. O., S. 181 f.; F. H. Notter, Kündigungsschutz . . . , *Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht*, 1982, S. 103 ff.

43 U. Mückenberger, H.-H. Lühr, Dokumentation zum Rationalisierungsschutz, *Kritische Justiz* 1980, S. 84 ff.

44 Zusammenfassend P. Berg, U. Wendling-Schröder, H. Wolter, Die Zulässigkeit tarifvertraglicher Besetzungsregelungen, *Recht der Arbeit* 1980, S. 299 ff.

Regelungen für Einzelentlassungen<sup>45</sup>, im Wege des Tarifvertrages eher zu erreichen sein als durch die Einführung einer Gestaltungsklage, die erst ein gekündigtes Arbeitsverhältnis auflösen können soll. Freilich wird auch jede tarifliche Regelung im Verhalten von Arbeitnehmern ihre Schranken finden, die aus Unsicherheit über ihre weitere Zukunft »freiwillig« in eine Kündigung einwilligen, um auf diese Weise scheinbar individuell den Folgen kapitalistischer Krisen zu entgehen.

45 Die vorangehenden Ausführungen haben sich allein mit dem Kündigungsschutz-Recht, sofern es einzelne Kündigungen betrifft, beschäftigt. Für Massenentlassungen sind besondere gesetzliche Regelungen vorgesehen. Massenentlassungen beruhen in der Regel auf einer unternehmerischen Maßnahme, die als Betriebsänderung anzusehen ist. Aus diesem Grund kann der Betriebsrat in diesen Fällen ein Mitbestimmungsrecht, das über die genannten Widerspruchsrechte hinausgeht, geltend machen: er ist beteiligt an einem Interessenausgleich und an der Aufstellung eines Sozialplanes (§ 112 BetrVG). Während sich der Interessenausgleich darauf bezieht, ob die unternehmerische Maßnahme durchgeführt und wie sie verwirklicht wird, werden im Sozialplan die Auswirkungen der Betriebsänderung unter sozialen Gesichtspunkten gemildert. Entsprechend dem unterschiedlichen Regelungsbereich beider Institute ist beim Interessenausgleich kein verbindlicher Spruch der betrieblichen Einigungsstelle vorgesehen, sondern allein die Möglichkeit, Vorschläge für eine gütliche Einigung zu präsentieren, während bei dem Sozialplan die Einigungsstelle verbindlich entscheiden kann. Aber selbst wenn ein Interessenausgleich zwischen Betriebsrat und Unternehmensleitung zustandegekommen ist, muß sich der Unternehmer nicht stets daran halten: Kann er zwingende Gründe dartun, ist ihm die Abweichung vom Interessenausgleich gestattet (§ 113 BetrVG). Im Zweifelsfalle gibt das Institut des Interessenausgleichs dem Betriebsrat keine Möglichkeit, den Verlust von Arbeitsplätzen zu verhindern. Für den Sozialplan folgte dies bereits aus seiner gesetzlichen Konzipierung: er regelt nur Abfindungen für zu kündigende Arbeitnehmer oder andere Folgen unternehmerischer Entscheidungen. Zwar kann der Betriebsrat verlangen, über geplante Betriebsänderungen im Wirtschaftsausschuß unterrichtet zu werden, das Informationsrecht wird jedoch die Entscheidung des Unternehmers nicht beeinträchtigen, allenfalls sie zeitlich verzögern.