

Wirklichkeit und Wahrnehmung des Kündigungsschutzes in den Arbeitsgerichten

Armin Höland
Ute Kahl
Nadine Zeibig

Ein wesentliches Element der Kritik am Kündigungsschutzgesetz bildet die Tätigkeit der Gerichte für Arbeitsachen. Sie werden verantwortlich gemacht für die vielfältigen begrifflichen und rechtlichen Schwierigkeiten im Umgang der betrieblichen Praxis mit dem Kündigungsschutzrecht, für die Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse und für die lange Verfahrensdauer. Die in diesem Beitrag vorgestellten Ergebnisse der in den Jahren 2003 bis 2005 bei allen Arbeits- und Landesarbeitsgerichten in Deutschland durchgeführten empirischen Untersuchung zu „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz aus Sicht des arbeitsgerichtlichen Verfahrens“ können viele dieser Annahmen korrigieren. In der Gesamtbetrachtung ist der Anteil der nach einer Kündigung beklagten Arbeitgeber, die den Rechtsstreit aufgrund eines Urteils verlieren, gering. Wesentlich häufiger ist eine gütliche Einigung der Parteien. In drei von vier Fällen ist diese Einigung zwar mit der Zahlung einer Abfindung verbunden. Auf der anderen Seite hätte jedoch rund jeder zweite Arbeitgeber im Falle eines Urteils den Rechtsstreit verloren.

1

Die Steuerung betrieblichen Verhaltens durch Recht

Einen Teil der Umwelt, in der Betriebe sich marktwirtschaftlich verhalten und behaupten müssen, bildet das Recht; einen Teil des Rechts bildet das Arbeitsrecht. Regelungsgegenstand des Arbeitsrechts sind die Formen und Bedingungen, unter denen menschliche Arbeitskraft in persönlicher Abhängigkeit, das heißt weisungsabhängig, zum Einsatz gebracht werden kann. Im Unterschied zu wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Bedingungen in der Umwelt der Betriebe unterliegt der Zugriff auf menschliche Arbeitskraft rechtlichen Regeln. Aus Gründen typisierter Annahmen und Erfahrungen betrachtet der Gesetzgeber die Arbeitnehmer im Hinblick auf den Arbeitsvertrag und dessen alltäglichen Vollzug in der betrieblichen Organisation als strukturell unterlegene Vertragsparteien. An diesem historisch begründeten Befund struktureller Unterlegenheit hat sich, auch unter Berücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Einbindung des Arbeitsverhältnisses und vielfältiger Modernisierung der Erscheinungsformen von Erwerbsarbeit, im Grundsatz nichts geändert. Arbeitnehmer sind im Hinblick auf ihre individuelle Vertragslage typischerweise die schwächere Partei. Die um Ausgleich bemühten Ansätze des kollektiven Arbeitsrechts – Tarifautonomie,

Betriebsverfassung, Mitbestimmung – ändern an der individualvertraglichen Ausgangslage nichts. Sie vermögen allein die Reichweite von Unterlegenheit zu begrenzen.

Um den durch das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes und die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte gebotenen Herrschaftsausgleich im Bereich der abhängigen Erwerbsarbeit zu verwirklichen, muss Arbeitsrecht in bestimmter Hinsicht beschränkend wirken. Die Auferlegung von rechtlichen Schranken gerät leicht in Widerspruch zu einem auf optimale Allokation von Ressourcen ausgerichteten unternehmerischen Handlungsplan. Unter den Bedingungen schwacher Konjunktur und dadurch bedingter Verschärfung der Kostenkontrolle in den Betrieben neigt die betriebliche Praxis zur generalisierenden Wahrnehmung des Arbeitsrechts als Hemmnis. In besonderem Maße gilt das für den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz. Für empirische Rechtsforschung bietet die kontroverse Bewertung des Kündigungsschutzes die Möglichkeit der Überprüfung von Wahrnehmung und Wirklichkeit im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Pfarr et al. 2005). Ansetzen kann die Analyse auf zwei Ebenen, auf der betrieblichen Ebene der Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitgeber und auf der Ebene arbeitsgerichtlicher Verfahren zur Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit von Kündigungen. Zu beiden Wirkungsebenen liegen aktuelle Erkenntnisse aus zwei Forschungsprojekten vor.¹ Deren hier einbe-

zogene Ergebnisse können eine erhebliche Korrektur verbreiteter Wahrnehmungen und Vorstellungen und damit eine Entdramatisierung der Debatte bewirken.

¹ Das unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. Heide Pfarr seit dem Jahr 2000 im Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut der Hans-Böckler-Stiftung durchgeführte empirische Forschungsprojekt „Regulierung des Arbeitsmarktes“ (REGAM); das seit 2003 unter der wissenschaftlichen Leitung von Prof. Dr. Armin Höland an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg durchgeführte empirische Forschungsprojekt „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz aus Sicht des arbeitsgerichtlichen Verfahrens“ (KÜPRAX).

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

Arbeitsschwerpunkte: Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Recht der sozialen Sicherung, Rechtssoziologie.

e-mail: Hoeland@jura.uni-halle.de

Ute Kahl, Wiss. Mitarbeiterin im Projekt KÜPRAX, Universität Halle-Wittenberg.

e-mail: Kahl-@gmx.de

Nadine Zeibig, Wiss. Mitarbeiterin im Projekt KÜPRAX, Universität Halle-Wittenberg.

e-mail: nadine_zeibig@web.de

2

Arbeitsgerichtliche Entscheidungen und Kündigungen

Die folgende Analyse von Daten des Forschungsprojektes „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz aus der Sicht des arbeitsgerichtlichen Verfahrens“ (KÜPRAX) hat die Verfahren in Kündigungsstreitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitsssachen (ohne das Bundesarbeitsgericht) zum Gegenstand. In diesem Forschungsgegenstand liegt Erweiterung und Beschränkung zugleich. Zur Erweiterung führt die an das betriebliche Kündigungsgeschehen anschließende Analyse der arbeitsgerichtlichen Verfahrensakte. Sie eröffnet den Zugang zur rechtlichen Prüfung der vor die Arbeitsgerichte gebrachten Kündigungen. Beschränkung liegt auf der anderen Seite in der Auswahl der Kündigungsfälle; denn nur ein kleiner Teil aller Kündigungen von Arbeitgebern gelangt vor die Arbeitsgerichte.

2.1. GERICHTE ALS VERMITTLUNGSAGENTUREN FÜR RECHTSWISSEN

Arbeitsgerichtliche Entscheidungen wirken auf die gesellschaftliche und betriebliche Meinungsbildung ein. Gerichte bilden eine prominente Agentur in der Vermittlung von Rechts- und Konfliktwissen in der Gesellschaft. Das hat vor allem zwei Gründe. Der erste Grund ist ein theoretischer. Gerichte haben in der gewaltenteiligen Staatsorganisation das Vorrecht und die Last letztverbindlicher Entscheidungen. Sie müssen jeden ihnen vorgelegten Fall entscheiden. Dazu zwingt sie in der rechtsstaatlichen Ordnung das Verbot der Justizverweigerung (Luhmann 1995, S. 310). Dass Gerichte entscheiden müssen, verschafft ihnen eine zentrale Stellung im Rechtssystem und den Inhalten ihrer Entscheidungen große Aufmerksamkeit. Der Entscheidungszwang ist für *Luhmann* der Ausgangspunkt für die Konstruktion des juristischen Universums, für das Rechtsdenken, für die juristische Argumentation (Luhmann 1995, S. 317). Einen vergleichbaren Stellenwert hat die Rechtsanwendung durch Gerichte für die Diskurstheorie von *Habermas*. „Weil alle Rechtskommunikationen auf einklagbare Ansprüche verweisen, bildet das Gerichtsverfahren

den Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystems“ (Habermas 1992, S. 241).

Es kann in Anbetracht der zentralen Stellung der Gerichte im Rechtssystem nicht verwundern, dass ihre Entscheidungen in der Fachwelt und in der allgemeinen Öffentlichkeit mit großer Aufmerksamkeit zur Kenntnis genommen werden. Das Forschungsdatum, dass nur 11 % der vor die Arbeitsgerichte gebrachten Kündigungsstreitigkeiten mit einem Urteil enden, steht der Hypothese starker Beachtung nicht entgegen. Der zweite Grund für die Bedeutung von Gerichtsentscheidungen für die gesellschaftliche Wahrnehmung von Recht ist ein praktischer. Gerichtliche Verfahren heben Fallgeschichten aus dem Alltäglichen heraus, bereiten sie unter den Merkmalen rechtlicher Relevanz auf, erzählen sie gleichsam juristisch nach und verleihen ihnen dadurch Bedeutung und Sichtbarkeit.

2.2 PROBLEME IM ARBEITSGERICHTLICHEN KÜNDIGUNGSVERFAHREN

Gerade weil man von aufmerksamer Beobachtung des arbeitsgerichtlichen Rechtssprechungs geschehens ausgehen darf, überrascht es, dass das auf Forschungsdaten beruhende Bild der *gerichtlichen* Kündigungspraxis in Teilen erheblich anders ausfällt als das aus den Betrieben berichtete bzw. auf betriebsbezogener Forschung beruhende Bild der *betrieblichen* Kündigungspraxis. Wie noch zu zeigen sein wird, erweisen sich arbeitsgerichtliche Kündigungsverfahren unter Gesichtspunkten, die aus der Sicht von Arbeitgebern als besonders belastend dargestellt werden – betriebsbedingte Kündigungen, Sozialauswahl, Abfindungsvergleiche – als erheblich weniger problematisch als behauptet.

Im Folgenden sollen auf der Grundlage aktueller Forschungsdaten aus dem Forschungsprojekt KÜPRAX ausgewählte Ergebnisse zu den im Mittelpunkt der kritischen Arbeitsrechts-Debatte stehenden Fragen der betriebsbedingten Kündigung und der Sozialauswahl diskutiert werden. Ergänzend wird auf Erkenntnisse des REGAM-Projektes zurückgegriffen. In den abschließenden Überlegungen werden Erklärungsansätze für die bemerkenswerten Unterschiede zwischen Betriebserfahrungen und den Ergebnissen betriebs- sowie arbeitsgerichtsbezogener Forschung im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitsverhältnissen erwogen.

3

Betriebsbedingte Kündigungen und Sozialauswahl

Wahrnehmung und Wirklichkeit des Arbeitsrechts können auseinandergehen. Dies zeigen auch die Ergebnisse der repräsentativen WSI-Befragung von Personalverantwortlichen in Zusammenarbeit mit Infratest Sozialforschung zu betrieblichem Einstellungs- und Entlassungsverhalten (Pfarr et al. 2004; Pfarr et al. 2005).

3.1 BETRIEBSBEDINGTE KÜNDIGUNGEN UND SOZIALAUSWAHL

Die betriebsbedingte Kündigung und insbesondere die Sozialauswahl werden in der betrieblichen Praxis häufig als schwierig und rechtlich riskant wahrgenommen. Auf die Frage nach Problemen bei der Durchführung betriebsbedingter Kündigungen gaben nur 24 % der vom WSI interviewten Personalverantwortlichen an, keine Probleme gehabt zu haben. Daraus folgt, dass drei Viertel der Befragten Probleme mit der Durchführung betriebsbedingter Kündigungen hatten (Pfarr et al. 2004, S. 109). Deshalb forderte auch die BDA vor der Verabschiedung des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt im Jahr 2003 eine Vereinfachung der sozialen Auswahl. Die Auswahlkriterien für betriebsbedingte Kündigungen müssten auf Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten beschränkt werden (www.bda-pro-job.de). Der Schutz der Arbeitsplatzbesitzer dürfe nicht zum Stolperstein für Arbeitsplatzsuchende werden. Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur (Preis 2003a, S. 20 und 2003b, S. 65 und 72; Hromadka 2002, S. 383 und 394) sowie die Bundesrechtsanwaltskammer (Bundesrechtsanwaltskammer zitiert nach <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/StellungnahmeArbMRefG.pdf>) forderten in der Vergangenheit sogar die Abschaffung der Sozialauswahl. Danach soll die Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) – aufgrund der Probleme der Gesetzesanwender mit der Norm und der Unvorhersehbarkeit des Ergebnisses der gerichtlichen Überprüfung einer Auswahlentscheidung – durch eine differenzierte Abfindungsregelung ersetzt werden.

Folge der behaupteten Schwierigkeiten einer betriebsbedingten Kündigung könn-

te sein, dass Betriebe ihre Arbeitsverhältnisse kaum noch durch betriebsbedingte Kündigungen beenden. Das ist gegenwärtig jedoch nicht der Fall. In Deutschland wurden im Jahr 2001 insgesamt geschätzte 2 Mio. Arbeitgeberkündigungen ausgesprochen (Bielenski 2003, S. 17).² Diese Schätzung kann jedoch nur ein grober Richtwert sein, denn die Zahl der von Arbeitgebern erklärten Kündigungen schwankt über die Jahre stark.

Nach der Arbeitnehmerbefragung des WSI von 2001 haben betriebsbedingte Kündigungen heute einen Anteil von immerhin ca. zwei Dritteln (65 %) an allen Arbeitgeberkündigungen (Pfarr et al. 2005 S. 51), sodass nicht festgestellt werden kann, dass Arbeitgeber betriebsbedingte Kündigungen kaum noch erklären. Im Gegenteil zeigt sich im Zeitvergleich, dass Kündigungen aus betriebsbedingten Gründen stark zugenommen haben. Im Jahre 1978 machten betriebsbedingte Kündigungen lediglich ein Drittel an allen Arbeitgeberkündigungen aus (Falke et al. 1981, S. 962). Grund für diese Verschiebung könnte die negative Entwicklung der ökonomischen Rahmenbedingungen sein. Wird die Konjunktur schwächer, so wird häufiger betriebsbedingt gekündigt.

Der relativ hohe Anteil betriebsbedingter Arbeitgeberkündigungen muss aber im Verhältnis zu den übrigen Arten der Beendigung von Arbeitsverhältnissen gesehen werden. Es wäre möglich, dass betriebsbedingte Kündigungen – aufgrund ihrer rechtlichen Schwierigkeiten – in erheblichem Umfang durch andere Beendigungsarten umgangen werden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an den Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungsvereinbarung.

Dagegen spricht jedoch, dass nur 10 % der Arbeitsverhältnisse in der privaten Wirtschaft durch Aufhebungsvertrag beendet werden, während Arbeitgeberkündigungen einen Anteil von 32 % und Arbeitnehmerkündigungen einen Anteil von 39 % unter allen Beendigungen ausmachen (Pfarr et al. 2005, S. 48). Differenziert man nach Betriebsgröße, so schwankt der Anteil der Aufhebungsverträge an allen Beendigungen zwischen 6 und 18 %. In Kleinstbetrieben liegt der Anteil der Aufhebungsverträge an allen beendeten Arbeitsverhältnissen bei 10 % und in Großbetrieben mit mehr als 500 Beschäftigten bei 18 %. Bei diesen Anteilen von Aufhebungsverträgen an allen Beendigungsarten kann nicht da-

von gesprochen werden, dass betriebsbedingte Kündigungen regelmäßig durch den Abschluss von Aufhebungsverträgen umgangen werden.

Möglicherweise versuchen Arbeitgeber jedoch betriebsbedingte Kündigungen dadurch zu vermeiden, dass sie Neueinstellungen nur noch befristet vornehmen. Der Anteil auslaufender Befristungen an allen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen liegt bei immerhin 19 %. Dabei gibt es erhebliche betriebsgrößenspezifische Unterschiede. Der Anteil auslaufender Befristungen an allen Beendigungen steigt mit der Betriebsgröße an. Betriebe mit 1 bis 5 Beschäftigten weisen hier einen Anteil von 14 % Befristungen auf, Betriebe mit mehr als 500 Arbeitnehmern immerhin einen Anteil von 36 % Befristungen. Der Anteil der Arbeitgeberkündigungen sinkt dagegen mit der Betriebsgröße. Dies könnte ein Indiz für Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes sein. Nicht aufgeklärt werden kann dabei, in welchem Umfang Betriebe Arbeitsverhältnisse befristeten, weil das Kündigungsschutzgesetz und insbesondere betriebsbedingte Kündigungen so schwierig zu handhaben sind, oder weil sie in erster Linie das Flexibilisierungsangebot des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nutzen (Hübner 2005, S. 458).

3.2 BETRIEBSBEDINGTE KÜNDIGUNGEN UND SOZIALAUSWAHL VOR DEN GERICHTEN

Betriebsbedingte Kündigungen könnten von Personalverantwortlichen zudem deshalb als besonders problematisch angesehen werden, weil gegen sie häufig geklagt wird.

Die vom WSI in der Arbeitnehmerbefragung für 1999/2000 ermittelte allgemeine Klagequote betrug 11 % (Pfarr et al. 2005, S. 58). Bei der im Jahre 2003 durchgeführten Befragung von Personalverantwortlichen durch das WSI ergab sich für die Jahre 1998-2003 eine durchschnittliche Klagequote von 15 %. Geht man von diesen Daten aus, so bewegt sich die Klagequote in den Jahren 1998 - 2003 zwischen 11 % und 15 %.

KLAGEHÄUFIGKEIT UND ERLEDIGUNGSARTEN BEI BETRIEBSBEDINGTEN KÜNDIGUNGEN

Unterscheidet man zwischen den einzelnen Kündigungsgründen, so betrug bei Zu-

grundelegung der vom WSI ermittelten Klagequote von 11 % in den Jahren 1999/2000 die Klagequote bei betriebsbedingten Kündigungen 10 %. Die Klagequote bei verhaltens-/bzw. personenbedingten Kündigungen lag in diesem Zeitraum bei 12 %. Die Klagequote kann demnach die behauptete Problematik der betriebsbedingten Kündigungen nicht rechtfertigen.

Möglicherweise wird jedoch die betriebsbedingte Kündigung von Arbeitgebern als schwierig empfunden, weil sie im Falle eines arbeitsgerichtlichen Kündigungsklageverfahrens geringe Chancen auf Erfolg zu haben scheint.

Die Aktenanalysen bei allen Arbeits- und Landesarbeitsgerichten im Bundesgebiet ergaben, dass Arbeitgeber in Kündigungsklageverfahren, die durch streitiges Urteil erledigt werden,³ in erster Instanz in 60 % der Fälle den Prozess verlieren, in zweiter Instanz in rund 51 % der Fälle. Betrachtet man nur diejenigen Streitigkeiten, denen betriebsbedingte Kündigungen zugrunde liegen, so unterliegt der Arbeitgeber in erster Instanz in 55 % der Fälle, in zweiter Instanz in 46 % der Fälle. Dies zeigt, dass Arbeitgeber vor den Arbeitsgerichten, anders als oft behauptet, durchaus faire Chancen haben, eine betriebsbedingte Kündigung durchzusetzen.

Um sich ein umfassendes Bild von der Verteilung der Prozesschancen und -risiken machen zu können, müssen allerdings auch jene Kündigungsklageverfahren in die Betrachtung einbezogen werden, die durch gerichtlichen Vergleich beendet werden. Auf diese Weise werden in erster Instanz immerhin 65 % der Verfahren, in zweiter Instanz 51 % der Verfahren erledigt.

In erster Instanz sehen 60 % der Vergleiche über Kündigungsstreitigkeiten die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu dem in der Kündigung vorgesehenen Zeitpunkt vor. Bei den Landesarbeitsgerichten liegt der entsprechende Anteil bei 57 %. Eine Beendigung zu einem späteren Zeit-

² Die Ermittlung beruht auf einer Schätzung von Infratest Sozialforschung auf Basis der Geschäftsstatistiken der Bundesagentur für Arbeit – vormals BA-Statistik ST3Z.

³ Dies ist nach Schätzung der Richter und Richterinnen in erster Instanz in 11 % und in zweiter Instanz in 30 % der erledigten Bestandsstreitigkeiten des Jahres 2002 der Fall gewesen.

punkt als dem in der Kündigung angegebenen beinhalten jeweils 36 % der Vergleiche beider Instanzen. Lediglich in 4 % (ArbG) bzw. 7 % (LAG) der gerichtlichen Vergleiche wird die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbart. Auch bei Vergleichen über betriebsbedingte Kündigungen wird die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur in 4 % der Fälle vereinbart. Hingegen sehen 78 % der Vergleiche über betriebsbedingte Kündigungen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum in der Kündigung vorgesehenen Zeitpunkt vor, in 18 % wird die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart. In den Fällen der Beendigung zu einem späteren Zeitpunkt bedeutet dies für den Arbeitgeber dann grundsätzlich, dass er die Vergütung nachzahlen muss, die zwischen dem ursprünglich vorgesehenen Ende des Arbeitsverhältnisses und dem im Vergleich vereinbarten Ende der Kündigungsfrist anfallen. Diese Fälle sind jedoch, wie die Daten zeigen, insbesondere bei der betriebsbedingten Kündigung, nicht die Regel. Dessen ungeachtet wird der Arbeitgeber den Abschluss eines Vergleichs, gemessen am ursprünglichen Ziel der Abweisung der Klage, als unbefriedigend empfinden. Hierin dürfte ein Grund dafür liegen, dass Arbeitgeber häufig das arbeitsgerichtliche Kündigungsverfahren als Belastung ihres Personalmanagements wahrnehmen.

Der Arbeitgeber wird die Erledigung des Kündigungsrechtsstreits durch Vergleich zudem häufig dann als besonders belastend empfinden, wenn der Vergleich mit der Zahlung einer Abfindung verbunden ist. Zu einem derartigen Abfindungsvergleich kommt es vor den Arbeitsgerichten in drei Vierteln aller Vergleiche, vor den Landesarbeitsgerichten in fast vier Fünfteln (79 %) der Vergleiche. Dabei werden in der ersten Instanz Abfindungszahlungen in Höhe von durchschnittlich 0,56 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr vereinbart. Dies entspricht einer durchschnittlichen Abfindungssumme von 9.324 €. Abfindungshöhen von diesem Umfang können gerade Kleinst- und Kleinbetriebe über die Maßen belasten. Differenziert man jedoch nach Betriebsgrößenklassen, so ergibt sich, dass Arbeitgeber aus Kleinstbetrieben mit 1 bis 5 Beschäftigten in lediglich 29 % der Vergleiche Abfindungszahlungen vereinbaren, wobei die Abfindungssumme bei durchschnittlich 0,35 Bruttomonatsge-

hältern liegt. Dies sind durchschnittlich 1.995 €. In Großbetrieben hingegen mit mehr als 249 Beschäftigten vereinbaren die Streitparteien in 76 % der Vergleiche Abfindungszahlungen in Höhe des durchschnittlich neunfachen Betrages (18.038 €).

Unterscheidet man im Rahmen gerichtlicher Vergleiche zwischen den einzelnen Kündigungsgründen, so werden bei Vergleichen über betriebsbedingte Kündigungen am häufigsten Abfindungen gezahlt und zwar in 85 % der Vergleiche. Schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Laufe eines arbeitsgerichtlichen Kündigungsklageverfahrens einen Vergleich über eine betriebsbedingte Kündigung, so werden Abfindungshöhen von durchschnittlich 0,5 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr vereinbart. Das sind durchschnittlich 10.516 €. Schließen die Arbeitsvertragsparteien hingegen einen Vergleich über eine verhaltensbedingte Kündigung, so werden zwar Abfindungsvereinbarungen in Höhe von 0,71 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr getroffen. In absoluten Beträgen sind dies aufgrund erheblich kürzerer Betriebszugehörigkeiten verhaltensbedingt gekündigter Arbeitnehmer allerdings nur durchschnittlich 7.394 €.

Die von dem individuellen Arbeitgeber wahrgenommene Belastung beim Abschluss eines Abfindungsvergleichs ist bei statistischer Betrachtung der voraussichtlichen Wirksamkeit der Kündigung in dieser Allgemeinheit allerdings nicht begründet. Nach Einschätzung der befragten Richterinnen und Richter der ersten Instanz war der Anteil der voraussichtlich wirksamen Kündigungen, die den Abfindungsvergleichen zugrunde lagen, in etwa so hoch wie derjenige der voraussichtlich unwirksamen Kündigungen. Das bedeutet: Bei Betrachtung der Gesamtheit der Fälle entspricht der Anteil der beklagten Arbeitgeber, die infolge des Abfindungsvergleichs Kosten haben, die sie nach einem – die Klage abweisenden – Urteil nicht hätten, etwa dem Anteil derjenigen Arbeitgeber, die durch den Vergleich ansonsten entstehende Verzugs- und Vergütungskosten ersparen.

Die hohe Zahl der Abfindungsvergleiche relativiert sich ferner, wenn man danach fragt, wie viele aller Kündigungsklagen überhaupt mit einem Abfindungsvergleich enden. Insgesamt schließen rund 50 % aller gegen eine Arbeitgeberkündi-

gung klagenden Arbeitnehmer einen Abfindungsvergleich vor den Gerichten für Arbeitsachen. Bedenkt man wiederum, dass allenfalls 15 % der Gekündigten Klage gegen die Kündigung erheben, so sind es insgesamt nur 8 % aller Gekündigten, die nach Abschluss eines Vergleichs vor den Gerichten für Arbeitsachen eine Abfindung erhalten.

Betrachtet man die Gesamtheit der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis beendet worden ist, so erhalten nach der Befragung des WSI (REGAM) aus dem Jahr 2001 Arbeitnehmer in lediglich 10 % der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses eine Abfindung (Pfarr et al. 2005, S. 66). Endet das Arbeitsverhältnis durch Kündigung des Arbeitgebers, so sind es 15 % der Arbeitnehmer, die eine Abfindung (Sozialpläne inklusive) erhalten. Darin eingeschlossen sind die Abfindungen, die Arbeitnehmer durch eine Klage vor den Gerichten für Arbeitsachen erhalten.

Insgesamt ist die Zahl der bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Abfindungskosten belasteten Arbeitgeber daher bei Weitem nicht so hoch, wie in der Öffentlichkeit behauptet.

DIE SOZIALAUSWAHL

Im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen wird insbesondere die Sozialauswahl von größeren Betrieben häufig als problematisch empfunden. Im Arbeitsgerichtsverfahren spiegelt sich diese Schwierigkeit jedoch nicht wider.

Liegt eine Auswahlfrage vor, so erfolgt die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers in drei Schritten. Zunächst muss der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer ermittelt werden. Sodann ist die Auswahlentscheidung im engeren Sinne (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) allein nach sozialen Gesichtspunkten vorzunehmen. Im dritten Schritt musste nach alter Rechtslage (zur Zeit der Datenerhebung bestand noch die alte Rechtslage) eine Entscheidung darüber gefällt werden, ob betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen.

Nach den Aktenanalysen der Arbeitsgerichte wurde in 41 % der Kündigungsschutzklagen gegen betriebsbedingte Kündigungen eine Sozialauswahl durchgeführt. Bei Berufungen gegen betriebsbedingte

Kündigungen wurde in 40 % der Fälle eine Sozialauswahl durchgeführt.⁴

In 45 % (ArbG) bzw. 54 % (LAG) der Fälle wurde keine Sozialauswahl durchgeführt. Nur in 18 % (ArbG) bzw. 14 % (LAG) der Fälle, in denen keine Sozialauswahl vorgenommen wurde, wäre aber die Durchführung einer Sozialauswahl erforderlich gewesen. Demnach schätzen beklagte Arbeitgeber die Notwendigkeit der Durchführung einer Sozialauswahl in der großen Mehrzahl der Fälle letztlich richtig ein bzw. versuchen nur in geringem Umfang eine an sich erforderliche Sozialauswahl zu umgehen. Differenziert man bei den Kündigungsschutzklagen erster Instanz nach Betriebsgrößenklassen, zeigt sich, dass Arbeitgeber von Kleinbetrieben (1 bis 9 Beschäftigte) mit rund 12 % seltener eine an sich erforderliche Sozialauswahl nicht durchführen als Arbeitgeber von Kleinbetrieben mit 10 bis 49 Arbeitnehmern (20 %), Arbeitgeber von mittleren Betrieben mit 50 bis 249 Arbeitnehmern (15 %) und Großbetrieben mit 250 und mehr Arbeitnehmern (18 %). Im Ergebnis ist eine trotz Erforderlichkeit nicht durchgeführte Sozialauswahl jedoch keinesfalls die Regel.

Insgesamt bleiben rund 30 % der Kündigungsschutzverfahren gegen betriebsbedingte Kündigungen,⁵ in denen eine Sozialauswahl nicht durchgeführt wurde und auch nicht erforderlich war. In der zweiten Instanz liegt der entsprechende Anteil bei 43 %. In diesen Fällen stellt sich das Problem der Sozialauswahl für den Arbeitgeber folglich gar nicht erst.

Für den beklagten Arbeitgeber, der eine Sozialauswahl durchgeführt hat, ist letztlich entscheidend, ob die Auswahlentscheidung vor den Gerichten für Arbeitsachen Bestand hat. Nach den Aktenanalysen ist die vorgenommene Sozialauswahl gemäß § 1 Absatz 3 Satz 1 KSchG nach Auffassung der Arbeitsrichter nur in 22 % (ArbG) bzw. 19 % (LAG) aller Kündigungsschutzverfahren gegen betriebsbedingte Kündigungen fehlerhaft, wobei mit steigender Betriebsgröße die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl zunimmt. Großbetriebe mit mehr als 249 Arbeitnehmern, die mit 26 % (ArbG) den höchsten Anteil an fehlerhaften Auswahlentscheidungen aufweisen, liegen damit aber nur 4 Prozentpunkte über dem Gesamtwert von 22 %, sodass eine wesentlich stärkere Belastung von Großbetrieben durch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Sozialauswahl nicht nachgewiesen werden kann.

Bezieht man die absolute Zahl aller Urteile, die feststellen, dass die angegriffene betriebsbedingte Kündigung wegen Mängeln bei der Sozialauswahl (keine Durchführung einer Sozialauswahl trotz Erforderlichkeit oder Mängel der durchgeführten Sozialauswahl) unwirksam ist, auf alle Kündigungsschutzklagen bzw. Berufungen gegen betriebsbedingte Kündigungen, so ergibt sich, dass Arbeitgeber nur in 8 % aller erstinstanzlichen Kündigungsschutzverfahren gegen betriebsbedingte Kündigungen aufgrund von Mängeln bei der Sozialauswahl verlieren. Der entsprechende Anteil bei den Landesarbeitsgerichten liegt ebenfalls bei 8 %.

Folglich ist der Anteil der Kündigungsschutzverfahren gegen betriebsbedingte Kündigungen, bei denen die Sozialauswahl fehlerhaft ist und den Grund für das Unterliegen des Arbeitgebers darstellt, entgegen den Annahmen in der rechtspolitischen Debatte um die Undurchdringlichkeit des Kündigungsschutzrechts und die Unvorhersehbarkeit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht alarmierend hoch. Zumindest vor den Gerichten für Arbeitsachen ist die Sozialauswahl als solche kein großer „Stolperstein“ für die Arbeitgeber.

4 Abschließende Überlegungen

Die empirische Untersuchung der Erledigung von Kündigungsstreitigkeiten durch die Gerichte für Arbeitsachen gehört in das weite Forschungsfeld der Wechselwirkungen zwischen Recht und Wirtschaft (Röhl 2005, S. 3-34). Auch Arbeitsrecht ist Recht, das auf Wirtschaft einwirkt. Wirtschaft ihrerseits nimmt auf Arbeitsrecht und Rechtspolitik Einfluss, beispielsweise durch das Ob und Wie der Einstellung und Entlassung von Arbeitskräften. Unter der Fragestellung des Beschäftigungseffekts von Deregulierung im Arbeitsrecht ist die Bestimmung der Wirkungsdimension von Arbeitsrecht von großer rechts- und beschäftigungspolitischer Bedeutung (Röhl 2005, S. 27f.). Schlüssige und verallgemeinerbare Belege für die das Verhalten der Betriebe steuernden Wirkungen von Recht sind schon deshalb schwierig zu erbringen, weil sich Recht selten als steuernde Bedingung isolieren lässt. Konjunktur, Betriebs-

wirtschaft, Auftragslage, Arbeitsmarkt, Bewerberlage und anderes bilden zusammen mit der aktuellen Rechtslage Bedingungs-bündel, die sich auch durch rechtsempirische Forschung nicht einfach auseinander nehmen lassen.

Das diesen Ausführungen zugrunde liegende Forschungsprojekt beschränkt sich auf die Erfassung und Analyse von Verfahrensabläufen innerhalb der Arbeitsgerichtsbarkeit. Folglich fehlen Erkenntnismöglichkeiten zu den vorgelagerten Bedingungen des Zugangs zu den Arbeitsgerichten *aus* der betrieblichen Praxis und zu den nachgelagerten Wirkungen der Verfahrenserledigung *auf* die betriebliche Praxis. In gewissem Umfang lassen sich die im Untersuchungsgegenstand angelegten Beschränkungen durch Gegenprüfung mit den auf Arbeitnehmer und Betriebe bezogenen zeitgleichen Erkenntnissen des Projektes REGAM abmildern.

Mit dieser Einschränkung in Bezug auf die Wirkungen von Arbeitsrecht auf Personalmanagement lassen sich auf der Grundlage der Forschungsergebnisse folgende Zusammenhänge als plausibel annehmen: Auszugehen ist davon, dass den veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte für Arbeitsachen sowohl in der allgemeinen Öffentlichkeit als auch in der arbeitsrechtlichen Fachöffentlichkeit und in der Personalpraxis starke Aufmerksamkeit zuteil wird. In der Entscheidungspraxis der Gerichte werden theoretische Rechtsfragen praktisch sichtbar gemacht und die unbestimmten Rechtsbegriffe des Arbeits- bzw. Kündigungsschutzrechts auf eine für die betriebliche Praxis bedeutsame Art und Weise autoritativ ausgestaltet. Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass die Ergebnisse der Aktenanalysen von Kündigungsstreitigkeiten an Arbeits- und Landesarbeitsgerichten im Jahr 2003 die behaupteten Schwierigkeiten der Arbeitgeber, eine rechtlich bestandskräftige Kündigung zu erklären, insgesamt nicht belegen können. Arbeitsgerichtliche Kündigungsverfahren erweisen sich als weniger langwierig, als

4 Diese und die folgenden Daten zur Sozialauswahl beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf alle Kündigungsklagen bzw. Berufungen, bei denen das KSchG anwendbar war und deren Streitgegenstand betriebsbedingte Kündigungen waren, gleich ob sie durch Urteil oder Vergleich erledigt wurden.

5 Wegen unterschiedlicher Bezugsgrößen lassen sich die Werte hier nicht zu 100 % addieren.

weniger schwierig und als weniger rechtlich riskant als gemeinhin behauptet (SVR 2002/ 2003, S. 264).

Die beiden Beobachtungen scheinen einander zu widersprechen: Wenn sich auf der einen Seite die Kündigungen der Arbeitgeber in den durch Urteil erledigten Streitverfahren als wesentlich weniger schwierig erweisen als häufig behauptet, auf der anderen Seite jedoch Gerichtsentscheidungen eine gewichtige Rolle für die Vermittlung von Rechtswissen bilden, warum ist dann die Wahrnehmung problematischer als die Wirklichkeit? Der Widerspruch lässt sich auflösen, wenn man zwischen der erfahrenen *Tatsache* eines arbeitsgerichtlichen Kündigungsverfahrens und dem rechtlichen *Inhalt* des Urteils unterscheidet. Es ist anzunehmen, dass allein schon die Tatsache einer Kündigungsklage von den beklagten Arbeitgebern als Belastung empfunden wird. Abgesehen von dem subjektiven Eindruck, in der Kündigungsfreiheit eingeschränkt zu sein, mag bei Arbeitgebern die Sorge vor Kosten hinzukommen. Diese Sorge ist bei ökonomischer Betrachtung nicht grundlos. Zu dem Anteil der stattgebenden Urteile in Kündigungsstreitigkeiten vor den Arbeitsgerichten von 60 % kommen, von den Richtern geschätzt, zwei Drittel Erledigungen durch gerichtlichen Vergleich, von denen drei Viertel Abfindungsvergleiche sind, hinzu. Zwar gibt es bei vergleichsweiser Erledigung im Rechtssinne weder Gewinner noch Verlierer. Doch dürfte ein mit einer Abfindungszahlung ausgestatteter Vergleich bei Arbeitgebern als häufig „teuere“ Rechtserfahrung zu Buche schlagen. Nimmt man die beiden Erledigungsarten zusammen, so gelangt man zu rund 56 % aller beklagten Ar-

beitgeber, die aufgrund eines verlorenen erstinstanzlichen Kündigungsprozesses (7 %) oder aufgrund eines Abfindungsvergleichs (49 %) mit Kosten aus der Prozesssituation herauskommen. Diese Erfahrung dürfte, auch wenn sie in unzulässiger Weise verallgemeinert wird (die Klagequote beträgt wie bereits erwähnt, nur 11 % bis 15 %), den Hintergrund für die negative Wahrnehmung des arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzes in der betrieblichen Praxis bilden.

Die Suche nach Ursachen für das Auseinanderfallen von betrieblicher Wahrnehmung des arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzes einerseits, tatsächlichen Verfahrensergebnissen andererseits führt zu weiteren Beobachtungen. Nimmt man die aus den Betrieben gemeldete Problemwahrnehmung in Bezug auf das Kündigungsschutzrecht ernst,⁶ dann spricht der Anschein dafür, dass sich die Teilmenge von Kündigungsstreitigkeiten, die bei den Arbeitsgerichten eintrifft, von der Problemstruktur der Gesamtheit der Kündigungsfälle unterscheidet, und zwar bemerkenswerterweise zum Positiven hin. Das überrascht, weil man für das aufwändige gerichtliche Verfahren der Überprüfung der Rechtswirksamkeit von Kündigungsentscheidungen tendenziell schwierigere und stärker umstrittene Fälle erwarten darf. Nicht verkennen lässt sich jedoch auch, dass die Ergebnisse der arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Betrachtung *ex post* darstellen. Aus der Handelndenperspektive der kündigenden Betriebe ist zunächst nicht klar, ob die von ihnen erklärte Kündigung im Falle der Überprüfung durch das Arbeitsgericht zu denjenigen Kündigungen gehören wird, deren

Rechtswirksamkeit bestätigt werden wird, oder umgekehrt zu denjenigen, bei denen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses an der fehlenden Rechtswirksamkeit der Kündigung scheitern wird. Gegenüber dem absichtsvoll gepflegten Bild von der Rechtswirksamkeit, welche das betriebliche Einstellungsverhalten hemme, sind jedoch zwei Einschränkungen zu machen. Tatsächlich ist das Risiko hinsichtlich des Ausgangs von Kündigungsprozessen vor den Arbeitsgerichten deutlich geringer als häufig behauptet. Dessen ungeachtet kann es eine gleichsam kalkulationsfähige Gewissheit in Bezug auf rechtliche Wirksamkeit einer Kündigung aus methodischen und rechtsstaatlichen Gründen nur eingeschränkt geben. In methodischer Hinsicht ist der Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe im Kündigungsrecht zu beachten. Er schränkt präzise Vorhersagbarkeit des Ergebnisses ein, ermöglicht aber auf der anderen Seite genaue Anpassung an die Vielfalt von Sachverhalten im Arbeitsleben und damit Gerechtigkeit im Einzelfall. Zu einer rechtsstaatlichen Ordnung gehört die Unabhängigkeit der Gerichte. Auch hierin liegt eine Ursache für eingeschränkte Vorhersagbarkeit von gerichtlichen Entscheidungen. Das ist im Arbeitsrecht im Grundsatz nicht anders als im Mietrecht, im Verbraucherrecht oder im Steuerrecht. Dieses systembedingte Maß an Ungewissheit ist in Anbetracht der Leistungsfähigkeit und der Legitimität unabhängiger Fachgerichte hinzunehmen.

⁶ Sie kann sich immerhin auf das insoweit klare Erfahrungsbild der Personalverantwortlichen nach den Umfragen des Projektes REGAM stützen.

LITERATUR

- Bielenski, H.** (2003): Wie viele Arbeitgeberkündigungen gibt es in Deutschland? Ein Vergleich von Daten aus unterschiedlichen Quellen, unveröffentlichtes Manuskript von Infratest Sozialforschung, München, S. 1–18
- Falke, J./Höland, A./Rhode, B./Zimmermann, G.** (1981): Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, Bonn
- Habermas, J.** (1992), Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main
- Hromadka, W.** (2002): Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?; in: Zeitschrift für Arbeitsrecht 3, S. 383–399
- Hübner, S.** (2005): Die Umsetzung von Arbeitsrecht in die betriebliche Wirklichkeit; in: Schramm, F./Zachert, U. (Hrsg.), Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit, Eine empirische Analyse zur betrieblichen Umsetzung von Arbeitsrechtsreformen, Baden-Baden, S. 439–476
- Luhmann, N.** (1995): Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main
- Pfarr, H./Bothfeld, S./Kaiser, L./Kimmich, M./Peuker, A./Ullmann, K.** (2003): Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben; in: Betriebs-Berater 39, S. 2061–2063
- Pfarr, H./Bothfeld, S./Kaiser, L./Kimmich, M./Peuker, A./Ullmann, K.** (2004): Die Kündigungs-, Klage- und Abfindungspraxis in den Betrieben; in: Betriebs-Berater 2, S. 106–110
- Pfarr, H./Ullmann, K./Bradtke, M./Schneider, J./Kimmich, M./Bothfeld, S.** (2005): Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, München und Mering
- Preis, U.** (2003a): Interview in der Süddeutschen Zeitung vom 28.02.2003: Die Sozialauswahl muss abgeschafft werden, S. 20
- Preis, U.** (2003b): Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis; in: Recht der Arbeit 2, S. 65–81
- Röhl, K. F.** (2005): Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie; in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1, S. 3–34
- SVR Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung** (2002/2003): Jahresgutachten: 2002/2003 „Zwanzig Punkte für Beschäftigung und Wachstum“, Wiesbaden S. 1–529