

Wilhelm Herschel und Hans Carl Nipperdey als Väter des Kündigungsschutzgesetzes*

PRO. DR. MICHAEL KITTNER, HANAU

I. Stellenwert des Kündigungsschutzrechts

Kündigungsschutzrecht hat einen besonderen Stellenwert im Konzert aller arbeitsrechtlichen Gesetze und zwar in dreierlei Hinsicht: als Frage von Gerechtigkeit, in Bezug auf die Machtverteilung im einzelnen Arbeitsverhältnis sowie als arbeitsmarktpolitisches Instrument.

1. Der eigentliche und unmittelbare Zweck von Kündigungsschutz liegt auf der Hand: Es soll rationale und gerechte Kriterien für die Beendigung des für den Arbeitnehmer existenzsichernden Arbeitsverhältnisses liefern. Das macht Kündigungsschutzrecht zum fundamentalen Arbeitnehmerschutzrecht.
2. Damit liefert sein Vorhandensein bzw. seine Ausgestaltung zugleich die Grundlage dafür, ob und mit welcher Intensität Arbeitnehmer ihre Rechte während des Bestands eines Arbeitsverhältnisses auch praktisch durchsetzen können. Es ist nach der konkreten Arbeitsmarktlage eine Schlüsselvariable für die Machtverteilung im Betrieb. Der »Ausschuss für ein einheitliches Arbeitsrecht« beschrieb diesen Zusammenhang¹ in seiner Denkschrift zum Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes 1923 denkbar plastisch und drastisch: »Der Arbeitgeber (hat) in der Androhung einer Entlassung ein wirkungsvolles Mittel den Arbeitnehmer seinen Wünschen gefügig zu machen«.²
3. Schließlich bedeuten die Bedingungen, unter denen Arbeitgeber Arbeitsverhältnisse kündigen können, eine wesentliche Stellschraube für den Arbeitsmarkt. Denn damit wird geregelt, wie leicht oder schwer die Grenze zwischen Beschäftigung und Arbeitslosigkeit überschritten werden kann. Dass Kündigungsschutzrecht letztlich keine Dämme gegen wirtschaftliche Krisen und damit Massenarbeitslosigkeit errichten kann, liegt auf der Hand. Dass es aber Einfluss auf die Geschwindigkeit hat, in der solche Prozesse ablaufen (»Volatilität«), ist offensichtlich (z.B. hinsichtlich der Unterschiede zwischen Deutschland und den USA hinsichtlich der Verarbeitung der Corona-Folgen).³

Würde man angesichts all dieser Aspekte nicht erwarten, dass bei der Rekonstruktion der Arbeits- und Sozialordnung in Deutschland nach 1945 um ein neues Kündigungsschutzgesetz

mit großer Intensität und viel politischem »Pulverdampf« gerungen worden wäre?

II. Entstehungsnarrativ: Konsens der Sozialpartner als Vorlage für den Gesetzgeber

Allein, nichts da! Nach dem Stand unserer Überlieferung ist seine Entstehung binnen kürzester Zeit im Konsens zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften über die Bühne gegangen. Die geradezu kanonische Version hierzu enthielt die erste Auflage des Kommentars von *Alfred Hueck* zum Kündigungsschutzgesetz (jahrzehntelang die »Bibel« des Kündigungsschutzgesetzes). Danach stand am Anfang ein vom DGB im Laufe des Februar 1948 vorgestellter Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, über den mit den Arbeitgebern am 31.3. allerdings vergeblich gesprochen wurde. Noch vor Abschluss dieser Gespräche brachte der Direktor der Verwaltung für Arbeit beim Wirtschaftsrat in Frankfurt einen Gesetzentwurf ein. Auf Grund desselben wurde am 20.7. vom Wirtschaftsrat ein Kündigungsschutzgesetz beschlossen, das aber von den Militärregierungen nicht mehr genehmigt wurde. In der Folgezeit kam es erneut zu Verhandlungen zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden, die zu einer vollständigen Einigung im sogenannten Hattenheimer Abkommen vom 13.1. 1950 führten. Danach übernahm der Regierungsentwurf eines Bundeskündigungsschutzgesetzes dessen Inhalte in allen wesentlichen Punkten.⁴

Diese Hattenheimer Gespräche werden als herausragendes Beispiel dafür gesehen, dass Sozialpartner gestaltende Verantwortung für die Arbeits- und Sozialverfassung ihres Landes übernehmen - ein allseits geschätztes Gründungs-Narrativ des bundesdeutschen Sozialstaats.⁵

III. Es war (fast) alles ganz anders

Diese in 70 Jahren wie ein Kieselstein glatt geschliffene »Story« erweist sich bei näherem Zusehen als bei weitem nicht so stimmig. Die genannte Untersuchung zeichnet auf der Grundlage bislang nicht erschlossener Quellen ein völlig anderes Bild.⁶ Neben vielen anderen bislang völlig unbekannten Ereignissen kam zutage, dass die Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzgesetzes bereits deutlich früher einsetzte als bislang bekannt. Außerdem gab

* Die diesem Artikel zu Grunde liegenden Forschungsergebnisse beruhen auf der gerade erschienenen Arbeit von *Michael Kittner* und *Ernesto Klengel*, Die Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes, HSI-Schriftenreihe Nr. 44, 2022 (im Folgenden zitiert als »Kittner/Klengel«).

1 Er ist schwer messbar. Ein aussagekräftiger Indikator ist und bleibt die Tatsache, dass Arbeitsgerichtsverfahren um Arbeitnehmerrechte während eine ungekündigten Arbeitsverhältnisses praktisch nur Arbeitnehmern geführt werden, die im öffentlichen Dienst oder in Großunternehmen beschäftigt sind (vgl. *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, 46. Aufl. 2021, S. 190).

2 Abgedruckt bei *Ramm*, Entwürfe zu einem Deutschen Arbeitsvertragsgesetz, 1992, S. 227.

3 Näher *Kittner/Klengel*, S. 16.

4 Vgl. *Hueck*, Kündigungsschutzgesetz, 1. Aufl. 1951, Einl. II S. 19 ff.

5 Vgl. *Seifert*, Die Hattenheimer Gespräche, ZNR 2017, 187; *Preis*, in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2017, Grundlagen A Rn. 17.

6 Vgl. eingehend *Kittner/Klengel*.

es eine große Überraschung hinsichtlich der handelnden Personen: Der Urheber des ersten (DGB-)Entwurfs eines Kündigungsschutzgesetzes war kein Geringerer als *Hans Carl Nipperdey* aufgrund konzeptioneller Vorarbeit und Anregung von *Wilhelm Herschel*. Den Beiträgen dieser beiden Großmeister und Architekten des Arbeitsrechts des Nachkriegsarbeitsrechts auf das Kündigungsschutzprojekt ist dieser Beitrag gewidmet.⁷

IV. Vorgängerregelungen

Das Kündigungsschutzgesetz ist ein Kind der Zeit nach 1945; seine Konzeption war neu. Natürlich hatte es Vorläufer - aber nicht sehr weit zurückreichend.⁸ Denn »Kündigungsschutz« i.d.S., dass die Berechtigung einer ordentlichen Arbeitgeber-Kündigung rechtlich überprüft werden konnte, gab es erst als Resultat des Ersten Weltkriegs. Davor gab es zwar zunehmend intensivere Regelungen für Kündigungsfristen. Weiterhin gab es Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung. Inhaltliche Beschränkungen der Freiheit zur ordentlichen Kündigung gab es aber nicht.⁹

Änderungsbedarf in dieser Hinsicht wurde gegen Ende des 19. Jahrhunderts durch zwei Aspekte befördert: rapide Zunahme von Angestellten und Empörung über eine willkürliche Kündigungspraxis gegenüber Arbeitern. Zu deren Eingrenzung wurden zwei unterschiedliche arbeitsrechtliche Konzepte entwickelt: einmal eine materielle Kompensation für eine vom Arbeitnehmer nicht zu vertretende Kündigung (Typ 1),¹⁰ auf der anderen Seite die Unzulässigkeit einer solchen Kündigung (Typ 2).¹¹ Die erste Variante wurde in der Breite Wirklichkeit mit dem Betriebsrätegesetz von 1920, zur zweiten kam es erst nach dem Zweiten Weltkrieg mit dem Kündigungsschutzgesetz.

§ 84 BRG sah noch eine Einspruchsmöglichkeit des Betriebsrats vor, bei deren Berechtigung der Arbeitgeber zwischen Weiterbeschäftigung und Abfindung wählen konnte. Das NS-Regime, das die gesamte bisherige kollektiv-rechtliche Arbeitsverfassung mit dem »Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit« beseitigte, behielt die Regelung des § 84 BRG mit einigen Modifikationen auch im AOG bei – nur eben rein individualrechtlich und ohne Betriebsrat, mit konsultativer Einschaltung des Vertrauensrates (§§ 56 ff.).

Das galt nach dem Zweiten Weltkrieg noch bis Ende 1946, bis dann das AOG aufgehoben wurde. Danach musste in ganz Deutschland ein neues Kündigungsschutzrecht geschaffen werden. Das erfolgte in den westlichen Zonen¹² im Rahmen einer bemerkenswerten Zweiteilung, resultierend aus den unterschiedlichen Positionen der Besatzungsmächte zur

Betriebsrätefrage: In der amerikanischen und französischen Besatzungszone wurden in den meisten Ländern zwischen 1946 bis 1949 Landesbetriebsrätegesetze verabschiedet, die das Kündigungsrecht überwiegend wieder in einer Struktur entsprechend dem § 84 BRG regelten.¹³ In der britischen Zone kam es dagegen zu keinen Betriebsrätegesetzen, mithin auch nicht zu traditionell dort angesiedelten Kündigungsschutzregelungen. Man musste sich also mit den Generalklauseln des BGB (§§ 138, 242) behelfen, was naturgemäß zu erheblicher Rechtsunsicherheit führte.¹⁴ Deshalb erscheint es als folgerichtig, dass die britische Zone zum Ort wurde, wo sich die relevante Entwicklung hin zum Kündigungsschutzgesetz vollzog.

V. Entwicklung in der britischen Zone: Auftritt Wilhelm Herschel

So wurde Lemgo, der Sitz der Arbeitsverwaltung der britischen Zone, zum Ausgangspunkt des »Gründungsdokuments« für die Zeit nach 1945: Der Präsident des Zentralamtes für Arbeit veröffentlichte am 23.1.1947 im Amtsblatt eine »Auslegungshilfe« zur Bewältigung von kündigungsschutzrechtlichen Fragen.¹⁵ Das war formal an sich nichts weiter als seine Auffassung zur materiellen Rechtslage, hatte aber unter den damaligen Umständen doch erhebliches Gewicht. Bei genauen Betrachtung erweist sich dieser Erlass als konzeptionelle Geburtsstunde des »modernen« Kündigungsschutzrechts:

- Eine Kündigung ist als »Missbrauch« i.S.d. § 242 BGB willkürlich, »wenn die Kündigung nicht notwendig« ist.
- Dazu hatte der Arbeitgeber »in jedem einzelnen Streitfall den Nachweis zu erbringen, dass die Kündigung entweder durch die Person des Arbeitnehmers (Leistungsunfähigkeit usw.) oder durch sein Verhalten (Diebstahl usw.) oder durch die Verhältnisse des Betriebs (Arbeitsmangel usw.) zwingend geboten ist«.
- Wo dieser Nachweis nicht gelingt, »erweist sich die Kündigung als eine unrichtige Rechtsausübung, die vor dem Gericht keinen Bestand haben kann, d.h. sie ist ohne Recht erfolgt und nichtig«.

Diese in ihrem Kern auf das Konzept von *Flesch* zurückgehenden Aussagen enthalten nichts weniger als die Substanz des späteren § 1 Kündigungsschutzgesetz!¹⁶

Unter dem Gesichtspunkt der fachlichen Zuständigkeit wie Kompetenz kommt als Urheber nur eine Person in Frage: der oberste hierfür zuständige Beamte im Zentralamt für Arbeit, *Wilhelm Herschel*.¹⁷ Bei Kriegsende war *Herschel* als Richter am ArbG tätig, von wo aus ihn die britische Besatzungsmacht Ende 1946 als Leiter der »Hauptabteilung III (Arbeitsrecht)« im Zentralamt für Arbeit der britischen Zonen holte (ab November 1947 wurde er Ministerialdirektor). Diese Funktion

7 Zu den Biographien, insbesondere dem Aspekt der NS-Vergangenheit beider vgl. eingehend *Kittner/Klengel*, S. 52 ff.

8 Vgl. *Deutsch/Keiser*, §§ 620-630. Beendigung des Dienstverhältnisses, Rn. 61 ff. in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, Hrsg., Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III Schuldrecht: Besonderer Teil, 2013; *Göller*, Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts in Deutschland, Diss. Freiburg 1974.

9 Eine Ausnahme bildete der Schutz von Sicherheitsmännern im Preußischen Bergbau mit dem Gesetz vom 28.7.1909 (PreußGesSlg. 1909, 677).

10 Erstmals im von Ernst Abbe verfügten Statut der Carl-Zeiss-Stiftung in Jena von 30.6.1891 (https://abbeverein.de/wp-content/uploads/2019/01/statut_1896.pdf).

11 Erstmals der Frankfurter hauptamtliche Magistrat *Karl Flesch*, der 1901 Vorschläge zur Kodifizierung des Arbeitsvertrages und dabei auch zur Eingrenzung willkürlicher Kündigungen unterbreitete (vgl. *Flesch*, Zur Kritik des Arbeitsvertrags, seine volkswirtschaftlichen Funktionen und sein positives Recht, 1901).

12 Zur Entwicklung in der SBZ bzw. DDR vgl. *Kittner/Klengel*, Die Entwicklung des Kündigungsschutzgesetzes, S. 215 ff.

13 Vgl. *Hilger*, Übersicht über das Kündigungsverfahren nach den Ländergesetzen. Beilage zu dem Gutachten »Der allgemeine Kündigungsschutz in der neuen Ländergesetzgebung«, BB 1948, S. 534; s. auch *Müller*, BB 1948, 335.

14 Vgl. *Hueck*, RdA 1948, 194.

15 Abgedruckt bei *Kittner/Klengel*, Anhang II Dok. 8; vgl. auch BB 1947, 86.

16 Das ist bislang als einzigem *Ulrich Preis* aufgefallen, wenn er sagt, dass der Inhalt des Erlasses der Arbeitsverwaltung »eine erstaunliche Nähe zum heutigen § 1 KSchG aufweist« (in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Hrsg., KSchG, Grundlagen A., Rn. 15).

17 Vgl. *Münzel*, Neubeginn und Kontinuitäten. Das Spitzenpersonal der zentralen deutschen Arbeitsbehörden 1945–1960, in: *Nützenadel*, Hrsg., Das Reichsarbeitsministerium im Nationalsozialismus. Verwaltung – Politik – Verbrechen, 2017, S. 494, 519 ff.

bekleidete er anschließend auch in der Verwaltung für Arbeit des Vereinigten Wirtschaftsgebiets und nach Gründung der Bundesrepublik im Bundesarbeitsministerium. Als oberster für Arbeitsrecht zuständiger Fachbeamter hatte er die administrative Schlüsselstellung für das Nachkriegs-Arbeitsrecht inne.

VI. Herschel und Nipperdey im arbeitsrechtlichen Ausschuss des DGB

Damit hatte es jedoch nicht sein Bewenden. *Herschel* war vielmehr seit den Anfängen der Neugründung der Gewerkschaften intensiv in deren arbeitsrechtspolitischen Strukturen aktiv. So taucht er schon bei der ersten Gelegenheit auf, in der deren Archive von einer rechtspolitischen Diskussion über Kündigungsschutz in der Nachkriegszeit berichten. Es ist eine für einen hohen Beamten nicht alltägliche Gelegenheit: eine »Sitzung des Arbeitsrechtsausschusses des Deutschen Gewerkschaftsbundes britische Zone am 4.7.1947 im Forsthaus Georgs-Marienhütte b/Osnabrück«. ¹⁸ Die Anwesenheitsliste enthält eine weitere Überraschung bereit, gegenüber der Beteiligung *Herschels* eine noch viel größere. Nach der Nennung der anwesenden vier und abwesenden zwei ordentlichen Mitglieder lesen wir:

»... Ausserdem waren anwesend die Kollegen(!):

Professor Wilhelm Herschel, Lemgo,

Professor Nipperdey, Köln, ... «

Damit tritt in der Kündigungsschutz-Geschichte zum ersten Mal jener Hauptakteur des deutschen Arbeitsrechts auf, von dessen Wirken viele Schauplätze bekannt sind, nicht aber dieser. Wir wissen, dass er als arbeits- und verfassungsrechtlicher Chefberater von *Hans Böckler* an wichtigsten arbeits- und verfassungsrechtlichen Projekten der Gewerkschaften konzeptionell maßgeblich beteiligt war, z.B.

- die »Arbeitsrechtlichen Rechte«, darunter die bis zuletzt hochgehaltene Gewerkschaftsformulierung des Koalitions- und Streikrechts,
- das Tarifvertragsgesetz,
- ein Gesetz über ein Oberstes ArbG,
- das Gutachten zur Lohngleichheit und
- die Stellungnahme zur Berechtigung eines Streiks für die Montanmitbestimmung. ¹⁹

Auf dieser Ausschuss-Sitzung kam zwar von ihm noch kein spezifischer Beitrag zum Kündigungsschutzrecht; dazu führte *Wilhelm Herschel* das Wort. *Nipperdeys* Part betraf vielmehr ein anderes, der Sache nach und im aktuellen Kontext viel höherrangiges Thema: die »Arbeitsrechtlichen Rechte«, die sich der DGB anschließend als Forderung für die Verfassungen der Länder der britischen Zone zu eigen machte. ²⁰ Hierzu trug *Nipperdey* einen von ihm erarbeiteten Entwurf vor, der, ohne dass Details der Diskussion ersichtlich sind, vom Ausschuss gebilligt wurde. Das Kündigungsschutzthema wurde darin unspektakulär und ideologisch in keiner Weise aufgeladen behandelt: »19. Kündigungsschutz. Einem Arbeitnehmer kann ohne hinreichenden sachlichen Grund nicht gekündigt werden.«

Von eigenen Aktivitäten des DGB riet *Herschel* zu diesem Zeitpunkt noch ab: »Kollege Professor Herschel weist darauf

hin, dass im Augenblick Verhandlungen mit dem Kontrollrat in Berlin über den Kündigungsschutz schweben. Die einzige heute bestehende Möglichkeit liegt in den §§ 242 und 238 BGB, wobei § 242 BGB eine grössere Bedeutung zukommt. Es muss versucht werden, die hier bestehenden Möglichkeiten weitgehendst auszuschöpfen.« Diese Linie verfolgte der DGB noch bis Jahresende. Hier wird das erste Mal der Einfluss *Herschels* auf die Willensbildung des DGB in der Kündigungsschutzfrage sichtbar.

VII. Initiative von Herschel und Nipperdey zu einem Kündigungsschutzgesetz des DGB

Anfang 1948 gerieten die Dinge in Bewegung: Zunächst erhielt der Wirtschaftsrat seine endgültige Struktur durch Vergrößerung und weitere Ressorts, darunter das für unseren Zusammenhang zentrale Direktorat für Arbeit unter *Anton Storch*, einem der CDU angehörenden christlichen Gewerkschafter, der fortan *Wilhelm Herschels* Chef war (auch in der Bundesrepublik als deren erster Arbeitsminister). Damit gab es eine politisch verantwortliche und »satisfaktionsfähige« Struktur, innerhalb derer gesetzgeberische Initiativen Sinn machten. ²¹ Das Kündigungsschutzthema selbst geriet durch einen Beschluss der Konferenz der Präsidenten der LAG vom 18./19.3.1948 auf die Tagesordnung, wonach ein einheitliches Kündigungsschutzgesetz notwendig sei. ²²

Um diese Zeit muss bei *Herschel* und *Nipperdey* die Meinung gereift sein, dieses Projekt mit dem DGB als Protagonisten auf die Bahn zu bringen. Kenntnis davon haben wir durch einen Briefwechsel zwischen beiden von Ende November/Anfang Dezember 1948 (auf den inhaltlich später eingegangen werden soll, s.u.). ²³ Er belegt, dass die beiden – mit *Herschel* am »Schalthebel der Macht« – hinsichtlich des Kündigungsschutzgesetzes einen gemeinsamen Plan verfolgten, mit dem sie die Institutionen, für die sie tätig waren, zu »beglücken« gedachten.

Zunächst liefert ein Brief von *Herschel* vom 24.11.1948 den Beleg für die Autorenschaft *Nipperdeys*: »Lieber Herr Nipperdey, vor einigen Tagen habe ich in einer Sitzung der Sachbearbeiter der Abteilung IIIa den im wesentlichen auf Sie zurückgehenden Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes (Hervorhebung durch Autor) besprechen lassen.« *Nipperdey* erwiderte in seinem Antwortbrief vom 28. November: »Es ist Ihre Initiative (Hervorhebung durch Autor) gewesen, ...«. Und: »Ich habe dem zugestimmt, ...«. Das belegt: Die beiden müssen sich ersichtlich seit geraumer Zeit intensiv über das Thema ausgetauscht haben, ehe *Nipperdey* mit einem fertigen Gesetzesentwurf an den DGB herantrat.

Die erste aktenmäßige Spur davon enthält ein Brief vom 24.2.1948 des Sachbearbeiters beim DGB Bundesvorstand, *Karp*, an den Arbeitsrechtler beim DGB Hannover, *Dr. Ruck*: ²⁴ »In der Anlage überreiche ich Ihnen einen vorläufigen Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes. Da dieses Thema wahrscheinlich auch auf der Tagesordnung der nächsten Arbeitsrechtsausschußsitzung erscheinen wird, wäre es vielleicht angebracht, sich jetzt schon Gedanken darüber zu machen,

¹⁸ Archiv der sozialen Demokratie (AdsD) DGB Landesbezirk Niedersachsen 5/DGBJ 000145.

¹⁹ Vgl. *Kittner/Klengel*, S. 57.

²⁰ Abgedruckt in *Kittner/Klengel*, Anhang II Dok. 12).

²¹ Der zweite Wirtschaftsrat fasste 153 Gesetzesbeschlüsse, die ganz überwiegend von der Militärverwaltung genehmigt wurden, also in der Bundesrepublik weiter galten (z.B. des TVG).

²² Vgl. BB 1948, 205.

²³ Bundesarchiv (BArch) N 1268/88 (abgedruckt in *Kittner/Klengel*, Anhang II).

²⁴ AdsD DGB – britische Zone 5/DGAC 000428.

welche Stellungnahme die Gewerkschaften zu dieser Sache einnehmen werden.« An diesem Brief fällt sogleich ins Auge, in welcher Distanz zum Thema sich sein Verfasser sieht: ein Kündigungsschutzgesetz als von außen an die Gewerkschaften herangetragene Angelegenheit.

Mindestens ebenso interessant ist ein handschriftlicher Vermerk des Empfängers: »Prof. Nipperdey schickt Koll. Karl einen Entwurf zur Tagg. in Goslar.« Danach wurde die Angelegenheit richtig offiziell in der Sitzung des Arbeitsrechtsausschusses des DGB der britischen Zone am 26./27.4. 1948 in Köln. Zu dessen »Punkt 7 der Tagesordnung: Kündigungsschutzgesetz« hielt das Protokoll folgendes fest:²⁵

»Prof. Nipperdey macht eingehende Ausführungen zu dem vorliegenden Entwurf.

Im Hinblick auf den umfangreichen Fragenkomplex wird es für zweckmässig gehalten, eine Kommission, bestehend aus den Kollegen Prof. Nipperdey, Dr. Ruck, Bresk und Bührig, einzusetzen, die sich zunächst mit der wichtigen Frage der Massenentlassung beschäftigen und einen Entwurf vorlegen soll.«

VIII. Der »Krefelder Entwurf« des DGB zu einem Kündigungsschutzgesetz

Unmittelbar nach dieser Sitzung entstand ein handschriftlich auf »Köln 8.5.1948« datierter und intensiv handschriftlich korrigierter zweiter Entwurf und danach eine Reinschrift unter dem Titel »Der Vorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes f.d. Britische Zone« und dem Datum »10.5.1948«.²⁶ Über diesen gesamten Entwurf wurde am 23.5.1948²⁷ in großer Runde (Mitglieder des Arbeitsrechtsausschusses und »Sachbearbeiter für Arbeitsrecht in den Gewerkschaften«, einschließlich Herschel und Nipperdey, jeweils als »sachverständiger Gast«) beraten und beschlossen: »Koll. Bührig macht eingehende Ausführungen zu diesem allen Anwesenden zugegangenen Entwurf. Nach seinen Ausführungen wird nach reger Diskussion der Entwurf wie aus der Anlage ersichtlich umgearbeitet bzw. ergänzt.« Das Ergebnis war der fortan »Krefelder Entwurf« genannte erste Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes.²⁸

Er enthielt ein konzeptionell völlig neues Gesetz (dessen Einzelbestandteile wir freilich schon in verschiedenen Kombinationen gesehen hatten), das sich von der seit 1920 auf der Grundlage des § 84 BRG (und später § 56 AOG) gebräuchlichen Lösung vor allem hinsichtlich fünf Punkten unterschied:

1. Sozial ungerechtfertigte Kündigungen sind rechtsunwirksam/rechtswidrig.
2. In Ableitung aus der »Auslegungshilfe« der Arbeitsverwaltung der britischen Zone (s.o. 3) wird die Sozialwidrigkeit in den drei Tatbeständen gesehen: Verhalten, Person und Verhältnisse des Betriebs.
3. Hielt der Arbeitnehmer eine Kündigung für rechtswidrig, so musste er binnen einer Woche Einspruch beim Betriebsrat einlegen. Die anschließende Geltendmachung der Rechtswidrigkeit der Kündigung beim ArbG hing nicht davon ab, ob der Betriebsrat sich den Einspruch des Arbeitnehmers zu eigen machte; seine Anrufung diente nur mehr einer Art Mediation.

4. Der Arbeitnehmer musste alle möglichen Rechtswidrigkeitsgründe binnen der einwöchigen Anrufungsfrist geltend machen, sonst verfielen sie.
5. Im Falle einer Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung hatte der Arbeitgeber kein Wahlrecht; er konnte sich nicht durch eine Abfindung »freikaufen« (das war nur möglich, wenn die weitere Zusammenarbeit »untunlich« war; das sollte zum Hauptstreitpunkt mit den Arbeitgebern bis zuletzt werden²⁹).

Dieser bis heute unbekannte »Krefelder Entwurf« wurde die Grundlage eines turbulenten vielaktigen Verhandlungsprozesses zwischen den Sozialpartnern mit vielen Irrungen und Wirrungen.

Zunächst lieferte er den Anlass für eine ernsthafte Kontroverse zwischen den beiden »Vätern«. Denn mit dem Brief, den wir hier zum Beleg für die Autorenschaft Nipperdeys anführen, informierte Herschel diesen über den entschiedenen Widerstand der Fachbeamten in seinem Ressort gegen die im inzwischen vorliegenden DGB-Entwurf enthaltene einheitliche Frist für alle möglichen Kündigungsgründe. Dazu fügte er einen Vermerk des »Sachbearbeiters« Georg Steinmann vom 20.11.1948 »zu dem vom Vorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes für die britische Zone eingereichten Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes« bei. Nipperdey erwiderte darauf in der Form höflich, aber sachlich denkbar aufgebracht, denn gerade diese gemeinsame Kündigungsfrist habe ihn bewegt, sich des ganzen Projekts anzunehmen. Er bat Herschel »dringend, mit Ihrer Autorität den Widerstand des Referenten zu überwinden.« Darauf ließ sich Herschel aber nicht ein. Vielmehr sorgte er als Mitglied eines vom DGB-Ausschuss am 14./15.1.1949 eingesetzten »Redaktionsausschusses« für die Aufgabe dieser Position und das Zurückgehen auf eine Einspruchsfrist nur für Sozialwidrigkeitsgründe. Das floss schließlich in den Vorschlag des DGB vom 17.2.1949 ein, den er den Arbeitgebern für die mit diesem in Bad Münster am Stein zu führenden Gespräche übermittelte (und blieb so bis zum fertigen Gesetz).³⁰

Von da an wandelten sich die Rollen: Herschel wurde auf dem Wege zum Gesetz, jedenfalls bis zur Einbringung des Regierungsentwurfs, zur dominanten Figur (wo es unvermeidbar war, mit seinem Direktor/Minister Anton Storch als im Vordergrund agierendem politisch Verantwortlichen) mit einer zentralen Agenda: zunächst die Sozialpartner zu einer Einigung zu bewegen (mit größten Schwierigkeiten) und danach diese Einigung als Schutzschild zur Abwehr von Änderungswünschen aus der Politik ins Feld zu führen.³¹ Nipperdey verschwand dagegen aus dem Kreis der Agierenden, was ihn aber nicht daran hinderte, in einem wichtigen Moment dazu beizutragen, dass die Substanz des Gesetzes nicht durch Zubilligung einer freien Abfindungs-Option für den Arbeitgeber zunichte gemacht worden wäre (was die Gewerkschaften in Hattenheim bereits zugestanden hatten).³²

²⁵ Vgl. AdsD, a.a.O.

²⁶ Zu Einzelheiten vgl. Kittner/Klengel, S. 68 ff.

²⁷ AdsD DGB – britische Zone 5/DGAC 000428.

²⁸ Abgedruckt bei Kittner/Klengel, Anhang II Dok. 14.

²⁹ Vgl. Kittner/Klengel, S. 172 ff.

³⁰ Nipperdeys Wunschvorstellung wurde erst im Jahre 2004 mit den sog. Hartz-Reformen Wirklichkeit. Da wurden zur Vereinfachung für die Arbeitgeber in die Vorschrift über die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts gegen sozialwidrige Kündigungen (§ 4 Satz 1 KSchG) die Worte eingefügt: »oder aus anderen Gründen« (dazu vgl. Fornasier/Werner, NJW 2007, 2729). Ob Bundeskanzler Schröder und sein Mentor Hartz sich dieser Genealogie bewusst waren, muss offenbleiben.

³¹ Vgl. Kittner/Klengel, S. 190 ff.

³² Vgl. Kittner/Klengel, S. 175 f.