

Bestandsschutz oder Planungsfreiheit

Arbeitsmarktregulierung im
Spannungsverhältnis zwischen
Sicherheit und Flexibilität

© 2013 randstad stiftung / Prof. Dr. Alexander Graser

Herausgegeben von:

Heinz-Otto Mezger, randstad stiftung

Prof. Dr. Alexander Graser, Universität Regensburg

Erschienen als E-Book im Oktober 2013

ISBN 978-3-00-043828-8

Kontakt:

randstad stiftung

Helfmann-Park 8

65760 Eschborn

Telefon: 06196. 998 98 67

Fax: 06196. 777 13 58

info@randstad-stiftung.de

www.randstad-stiftung.de

Gestaltung und Satz: Crolla Lowis, Aachen

Schriften: Frutiger und Lyon

- 4 **Eine Chance zur Neubewertung
des Kündigungsschutzes**
Alexander Graser
- 10 **Bestand und Übergang im Fokus
der Arbeitsmarktregulierung:
Status quo und Reformpotential
des Instrumentenkanons**
Christine Kosanović
- 58 **Reformüberlegungen und
Marktasymmetrie: Die Potentiale
einer Abfindungslösung**
Werner Eichhorst
- 74 **Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz
und Flexibilisierungspotential**
Clemens Latzel
- 92 **Autorenverzeichnis**

Eine Chance zur Neubewertung des Kündigungsschutzes

Alexander Graser

Lange Jahre stand der Kündigungsschutz im Zentrum der arbeitsmarktpolitischen Debatten in Deutschland. Den einen war er ein Musterbeispiel sklerotischer Überregulierung, verantwortlich für die geringen Arbeitsmarktchancen vieler Langzeitarbeitsloser und überdies eine fatale Fessel für Unternehmen in der Krise. Den anderen galt der Kündigungsschutz hingegen als Kernbestand sozialer Sicherung, Grundpfeiler jeder langfristig orientierten Personalpolitik und unverzichtbarer Garant menschlicher Bedingungen am Arbeitsplatz. Wieder und wieder wurden diese gegensätzlichen Positionen artikuliert, unterfüttert mit immer neuen empirischen Belegen, die ihrerseits freilich zumeist nicht minder ambivalent blieben.

Bewegt hat sich indes in all den Jahren kaum etwas. Allenfalls kleine Stellschrauben wagte die Politik anzufassen, und auch die nur ganz vorsichtig. Als paradigmatisch kann das Hin und Her um die Schwelle zum Kleinbetrieb und damit um die Reichweite des Kündigungsschutzgesetzes gelten: Ob fünf, zehn oder gar zwanzig Arbeitnehmer – darauf konzentrierte sich die Aufmerksamkeit. Von der Grundsätzlichkeit, mit der die Kontroverse um den Kündigungsschutz geführt wurde, kam bei den tatsächlichen politischen Reformen jener Zeit wenig an.

In den letzten Jahren hat sich die Lage jedoch gewandelt. Die Hartz-Reformen haben die arbeitsmarktpolitische Landschaft verändert. Speziell für den Kündigungsschutz gilt dies vielleicht gar nicht so sehr in sachlicher Hinsicht wie in Bezug auf die öffentlichen Debatten. Jedenfalls stehen seither ganz andere Themen im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses. Noch immer erhitzen sich die Gemüter an der Frage, ob die Hartz-Reformen richtig oder falsch waren und wem ihre Ergebnisse zuzuschreiben sind. Und selbst bei den weniger rückwärtsgewandten Diskussionen geht es letztlich auch heute noch primär um Hartz-Bewältigung. Denn die Topthemen der gegenwärtigen Debatte, Aufstockerproblematik und Mindestlohn, sind Folgefragen, die in den damaligen Reformen bereits angelegt waren, aber unerledigt blieben.

Auch den Kündigungsschutz hatte die Hartz-Kommission seinerzeit weitgehend ausgespart, zwar nicht in ihren Erörterungen, wohl aber in ihren Empfehlungen. Seither ist es ruhiger um dieses Thema geworden. Gewiss gibt es Ansatzpunkte, wie diese relative Ruhe mit Veränderungen der Arbeitsmarktsituation zu erklären sein könnte. Für die Arbeitnehmerseite nimmt ein weniger angespannter Arbeitsmarkt der Debatte um den Arbeitsplatzverhalt womöglich ein bisschen von ihrer existentiellen Note, und mit Blick auf die demographische Entwicklung könnte man überdies vermuten, dass sich die Arbeitnehmer auch auf lange Sicht vielleicht tendenziell auf geringere Arbeitsplatzknappheit einstellen können. Umgekehrt könnte bei den Arbeitgebern die Zunahme atypischer Beschäftigungsverhältnisse dafür sorgen, das Problem etwas gelassener zu sehen.

Auf den ersten Blick lassen sich also auf beiden Seiten Faktoren ausmachen, die zu einer Entspannung der Kontroverse beitragen könnten. Aber bei näherem Hinsehen kann das kaum überzeugen. Denn die Zunahme atypischer Beschäftigung müsste auf Arbeitnehmerseite ja entsprechend kritisch als faktische Erosion des Kündigungsschutzes wahrgenommen und bekämpft werden. Und dass die Arbeitgeber bei knapperem Arbeitskräfteangebot nicht weiterhin großen Wert auf Flexibilität im Personalbestand legen sollten, leuchtet ebenfalls nicht ein.

Kurz: Die Argumente aus den Kündigungsschutzgefechten der Vergangenheit sind heute kaum weniger plausibel als damals. Wenn der Kündigungsschutz heute dennoch nicht ganz so heftig umkämpft erscheint, dann ist das vor allem wohl Indiz einer emotionalen Überhöhung des Themas in früheren Jahren. Seit Hartz haben wir neue Zankäpfel – und vielleicht die Chance, das Thema Kündigungsschutz etwas nüchterner anzugehen.

Genau diese Absicht liegt dem Projekt zugrunde, dessen erste Erträge in diesem Band vorgestellt werden. Die Grundidee ist, den Kündigungsschutz in einem breiten Kontext von funktional verwandten arbeitsmarktpolitischen Gestaltungsinstrumenten zu betrachten. Auf

diese Weise sollen die Möglichkeiten eines – so die Hoffnung – besseren Ausgleichs der widerstreitenden Interessen eruiert werden.

Tatsächlich ist das Spektrum solcher Gestaltungsinstrumente viel breiter, als es die arbeitsmarktpolitischen Debatten vermuten lassen. Richtet man den Blick nämlich hinaus über den Kündigungsschutz im engen Sinne, so findet sich bereits im geltenden Recht eine Vielfalt an Instrumenten, deren Zusammenspiel es zu koordinieren gilt. Noch deutlich breiter wird das Spektrum, wenn man die Perspektive rechtsvergleichend und historisch ausweitet. So ergibt sich ein Arsenal von Gestaltungsoptionen, das als Grundlage zur kritischen Bewertung des aktuellen policy mix dienen kann.

Was bei einer solchen Neubewertung herauskommt, ist nicht vorbestimmt. Denn die Entscheidung über das „richtige“ Kündigungsschutzniveau – oder allgemeiner: den Grad von Bestandsschutz und Einkommenssicherung – ist unweigerlich auch eine politische, in der unterschiedliche Werte und Interessen zum Ausgleich gebracht werden müssen. Wissenschaftlich ermitteln lässt sich diese Entscheidung deswegen nicht. Aber es lässt sich doch dazu beitragen, dass sie „besser“, nämlich auf breiterer Informationsgrundlage und insbesondere in Kenntnis weiterer Handlungsmöglichkeiten, getroffen werden kann.

Dieser Zielsetzung verpflichtet, hat sich Christine Kosanović eingehend mit dem Arsenal politischer Gestaltungsoptionen befasst. In ihrem nachfolgenden Beitrag skizziert sie das Spektrum verfügbarer Instrumente. Zugleich führt sie vor, zu welchen Bewertungen und Denkanstößen man auf Grundlage einer solchen Analyse gelangen kann.

Dabei ist absehbar, dass die Meinungen über ihre Folgerungen geteilt sein werden. Doch das ist nicht entscheidend. Wichtig ist vielmehr, dass man sich auf die analytische Perspektive einlässt, die Kosanović in ihrem Beitrag exemplarisch vorstellt, und wie sie Grundlage der hier angestrebten Neubewertung des Kündigungsschutzes sein kann.

Dementsprechend haben wir auch noch weitere Experten zu Stellungnahmen eingeladen und in diesem Band dokumentiert. Werner Eichhorst hat den Ansatz aus dem Blickwinkel der Arbeitsmarktforschung kommentiert. Clemens Latzel hat eine arbeitsrechtliche Sicht beigesteuert. Während der Tagung, auf der die hier veröffentlichten Beiträge einem Publikum von Fachvertretern unterschiedlicher Provenienz vorgestellt wurden, entspann sich daraus eine lebhaft und durchaus zukunftsweisende Diskussion. Wir hoffen, dass sie den Beginn eines Prozesses markiert, in dessen Rahmen der Kündigungsschutz und die ihn umgebenden Regelungen in einem breiteren Kontext betrachtet werden und an dessen Ende vielleicht ein besserer Ausgleich der widerstreitenden Interessen stehen könnte.

Bestand und Übergang im Fokus der Arbeits- marktregulierung:

Status quo und Reformpotential des Instrumentenkanons

Christine Kosanović

Summary

Die verfestigte Langzeitarbeitslosigkeit und die zunehmende Zerteilung des Arbeitsmarktes werfen Fragen zur Art und Wirkungsweise der Arbeitsmarktregulierung auf: Mit welchen Mitteln erfolgt die staatliche Regulierung? Was wird bezweckt und was befördert womöglich die genannten Probleme? Gibt es Alternativen zum bestehenden Instrumentenkanon?

Das vorliegende Paper zeigt anhand der arbeits- und sozialrechtlichen Regulierung auf, dass in Arbeitsverhältnissen wie auch bei den Übergängen zwischen Arbeitstätigkeit und Arbeitslosigkeit die einwirkenden Instrumente schwerpunktmäßig auf Bestandsschutz zielen. Nicht nur unmittelbar wird der Erhalt des Arbeitsverhältnisses verfolgt, sondern darüber hinaus befördern bestimmte Instrumente mittelbar wie auch rein faktisch diese Wirkung. Dabei ist der Bestandsschutz nahezu vollständig im zeitlichen Abschnitt der Beschäftigungsphase angesiedelt.

Der ausgeprägte Bestandsschutz nimmt Einfluss auf die Beziehungen der beteiligten Akteure und verursacht Spannungsverhältnisse. Augenfällig ist der Konflikt mit dem Flexibilisierungsinteresse der Arbeitgeber. Ebenfalls lässt sich zwischen Arbeitsplatzinhabern und Arbeitslosen eine Insider-Outsider-Konkurrenz feststellen. Starker Bestandsschutz zu Gunsten der Arbeitnehmer wirkt hier zugleich zu Lasten derer, die einen Arbeitsplatz suchen.

Weder rechtshistorisch noch in seinen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen stellt sich der arbeitsrechtliche Bestandsschutz so zwingend dar, wie es die mangelnde Dispositivität und die von Gesetzgeber und Rechtsprechung eng begrenzten Lockerungsmöglichkeiten Glauben machen. Unter dem Schlagwort Flexicurity sind wir nicht zuletzt durch europarechtliche Vorgaben aufgefordert, diese Schwerpunktsetzung zu überdenken und eine Anpassung an die Herausforderungen einer globalisierten Arbeitswelt zu versuchen. Der sozialstaatliche Rahmen

gibt dafür einen weiten Spielraum, und ein innovativer Instrumentenmix kann die Furcht davor nehmen, individuelle Arbeitsplatzsicherheit gegen generelle Beschäftigungssicherheit einzutauschen.

Das Paper verfolgt die Prämisse, dass eine Modifikation der Instrumente nicht isoliert, sondern übergreifend zwischen den Rechtsmaterien wie auch zwischen den zeitlichen Rotationsphasen stattfinden muss. Denn baut man unmittelbaren Bestandsschutz ab, so muss im Sinne eines Interessenausgleichs an anderer Stelle eine verstärkte soziale Abfederung stattfinden. Genau dies entspricht dem Prinzip von Flexicurity, das die unvereinbar erscheinenden Pole Flexibilität und Sicherheit zu verbinden sucht.

Setzt man also beim unmittelbaren arbeitsrechtlichen Bestandsschutz an, so sollte dessen Reduzierung mit einem verstärkten Abfindungsschutz kompensiert werden. Der Regelungsauftrag liegt beim Gesetzgeber, der sich per Gesetz für eine konkrete Abfindungslösung entscheiden oder aber den Bestandsschutz in die Dispositionsfreiheit der Parteien und Sozialpartner stellen kann. Gerade Letzteren kann es gelingen, hierzu auf Augenhöhe interessengerechte Vereinbarungen zu treffen. Die Tarif- und Betriebsparteien sollten diese Rolle als Chance für eine aktive Mitgestaltung der modernen Arbeitswelt verstehen.

Stärkt man zum Ausgleich mittelbare Bestandsschutzelemente außerhalb der Beschäftigungsphase, so bietet sich eine entsprechende Verankerung in der Arbeitslosenversicherung an. Bonus- oder auch Malus-Elemente im Beitragssystem vermögen, den Arbeitgeber von nicht unbedingt erforderlichen Kündigungen abzuhalten. Unabhängig vom Bestandsschutz lässt sich auch das österreichische System der „Abfertigung neu“ zum Vorbild nehmen, das bei geringem Kündigungsschutz einen Schwerpunkt auf die finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers legt. Durch regelmäßige und kalkulierbare Beiträge des Arbeitgebers in spezielle Abfertigungskassen wird hier zusätzlich die Altersvorsorge gefördert. Denkt man dagegen an eine stärkere Reform der Arbeitslosenversicherung selbst, so überzeugt die Idee von der Weiterentwicklung zu einer

Beschäftigungsversicherung. Eine solche kann als Gegengewicht zum verringerten Bestandsschutz mehr maßgeschneiderte Mobilisierung und eine individuelle Unterstützung der Erwerbsbiographien bewirken.

Flexibilisierungsdruck im arbeitsmarktpolitischen Kontext

Schlagworte wie Mindestlohn, Frauenquote und Fachkräftemangel dominieren derzeit die arbeitsmarktpolitische Debatte. Ebenfalls von aktueller Bedeutung hält sich jedoch etwas abseits des beginnenden Wahlkampfgetöses die Arbeitsmarktregulierung als politischer wie rechtlicher Dauerbrenner. „Bestandsschutz oder Planungsfreiheit“, „Sicherheit oder Flexibilität“ – diese konträren Standpunkte durch die passenden Instrumente in Einklang zu bringen und damit gar einen Impuls für die Arbeitsmarktdynamik zu setzen, stellt eine große Herausforderung mit enormer wirtschaftlicher wie gesellschaftlicher Konsequenz dar.

Ein Blick auf die aktuellen Arbeitslosenzahlen präsentiert die Arbeitsmarktregulierung zunächst als relative Erfolgsgeschichte: Mit einer Absenkung der Arbeitslosenquote von 7,4 Prozent im Januar 2013 auf 6,6 bis 6,8 Prozent zwischen Mai und August 2013¹ hat der deutsche Arbeitsmarkt die Nachwirkungen des langen diesjährigen Winters solide überstanden. Im Jahresdurchschnitt wies das Jahr 2012 mit ebenfalls 6,8 Prozent² sogar die niedrigste Quote seit über 20 Jahren auf. Nicht nur im Vergleich zu seinen europäischen Nachbarländern behauptet sich Deutschland mit solchen Zahlen seit Jahren auf einem Spitzenplatz.³

1 www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Arbeitsmarkt/arb210.html (besucht: 17.09.2013).

2 www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/LangeReihen/Arbeitsmarkt/lrarb001.html (besucht: 17.09.2013).

3 Zu den Vergleichszahlen der OECD: www.oecd.org/std/labour-stats/HUR_NR11e12.pdf (besucht: 17.09.2013).

Während insbesondere mancher Politiker bereits offen von Vollbeschäftigung träumt,⁴ dürfen doch die strukturellen Begleiterscheinungen dieser Werte nicht außer Acht geraten. So ist nach wie vor das Problem der **Langzeitarbeitslosigkeit** prägend für den deutschen Arbeitsmarkt. Im internationalen Vergleich kämpft Deutschland deutlich mehr als andere Länder mit dieser negativen Verfestigung: Immerhin gut 35 Prozent der registrierten Arbeitslosen waren im Dezember 2011 für mehr als ein Jahr ohne Beschäftigung.⁵ Zwar stellte dies eine deutliche Verbesserung zu früheren Erhebungen dar, die ihren Höhepunkt mit einem Anteil von 46 Prozent im Dezember 2007 zu verbuchen hatten. Nichtsdestotrotz verrät aber ein Blick in die Erwerbslosenstatistik der OECD, dass Deutschland in puncto Langzeiterwerbslosigkeit deutlich über den Vergleichsländern liegt.⁶ Gegenüber 34,3 Prozent im OECD-Durchschnitt im Jahr 2012 vermochte Deutschland zeitgleich mit 45,5 Prozent nicht zu glänzen. Nachbarländer wie Dänemark und Österreich brachten es dagegen auf Anteile von nur 28,0 bzw. 24,8 Prozent.⁷ Länger als ein Jahr ohne Beschäftigung zu sein, die Lebensstandardsicherung an eine bloße Existenzsicherung zu verlieren und zugleich die Entwertung des persönlichen Humankapitals zu erfahren – all dies sind Risiken, die für Arbeitnehmer in Deutschland mehr als anderswo real sind.

Neben der Langzeitarbeitslosigkeit sind ferner eine zunehmende **Zweiteilung des Arbeitsmarktes** und eine **Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis** zu beobachten. Traditionell ist Letzteres als unbefristete und typischerweise sozialversicherungspflichtige Vollzeitbeschäftigung gesetzlicher Prototyp des Arbeits- und Sozialrechts; ebenfalls hatte es als tatsächlicher Regelfall der Arbeitswelt Bestand. Es prägt den Arbeitsmarkt und die Ausgestaltung seiner Regulierungsinstrumente, da ihm

⁴ Vgl. nur Voss, Vollbeschäftigung ist keine Utopie, www.welt.de vom 22.07.2012; Lebedew, Vollbeschäftigung für alle, www.sueddeutsche.de vom 03.01.2013.
⁵ Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland, S. 8.
⁶ Dies bei Erhebungen nach den Kriterien der ILO.
⁷ OECD-Statistik Long-term unemployment, Stand: 16.07.2013, www.oecd-ilibrary.org/employment/long-term-unemployment-12-months-and-over_20752342-table3 (besucht: 17.09.2013).

eine normative Schutzfunktion innewohnt, die nach Mückenberger „in der Durchsetzung von Mindeststandards und/ oder kollektiver Teilhabe an der Gestaltung der Arbeitsbedingungen“⁸ liegt. Darüber hinaus herrscht darin weitestgehender Arbeitnehmerschutz; ferner soll Verlass auf die Existenzsicherung durch Arbeit sein.⁹ Und schließlich sind die soziale Stellung und die Chance eines Menschen zur gesellschaftlichen Teilhabe mit dem Normalarbeitsverhältnis verknüpft.¹⁰ Vor diesem Hintergrund ist es Wertungsmaßstab für die Ausgestaltung der auf Bestandsschutz ausgerichteten Instrumente und zugleich projizierte Wirkfläche derselben.

Zunehmend wird das Normalarbeitsverhältnis nunmehr zurückgedrängt, während sich atypische Beschäftigung im Aufwind befindet. Befristete und geringfügige Beschäftigungen, Teilzeit und Leiharbeit sowie neue Formen der Selbständigkeit, denen regelmäßig ein Zugang zu den Systemen sozialer Sicherheit fehlt, nehmen einen immer größeren Anteil des Arbeitsmarktes ein. So erhöhte sich zwischen 1996 und 2010 der Anteil der atypisch Beschäftigten von 14,7 auf 22,4 Prozent,¹¹ während im selben Zeitraum der Anteil der Normalbeschäftigten von 74,7 auf 66,0 Prozent sank.¹² Hinzu tritt die beträchtliche Zahl an „kleinen“ Selbständigen, die nicht selten als Ersatz für Arbeitnehmer dienen. Auch ihr Anteil hat sich binnen 15 Jahren deutlich von 4,6 auf 6,2 Prozent erhöht.¹³ Bei den Instrumenten erfolgte eine zunehmende Liberalisierung „am Rand des Arbeitsmarktes“¹⁴, während Normalarbeitsverhältnisse zuletzt kaum Gegenstand von Deregulierung waren. All dies verwundert nicht – entsprechen doch atypische Beschäftigungsverhältnisse dem lautstarken Ruf der Arbeitgeber nach mehr Flexibilität im Umgang mit ihren

⁸ Mückenberger, GMH 4/89, S. 214.

⁹ Vgl. Kress, MittAB 3/98, S. 490.

¹⁰ Vgl. Wank, RdA 2010, S. 193ff.

¹¹ Gemessen an der Gesamtzahl der Kernerwerbstätigen.

¹² Vgl. Wingerter, Wirtschaftsdienst 2010, S. 209.

¹³ www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Arbeitskraefteerhebung/Tabellen/AtypischeBeschaeftigungZeit.html (besucht: 17.09.2013).

¹⁴ Eichhorst/Marx/Thode (Bertelsmann Stiftung), Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit, S. 9.

Beschäftigten. Während Arbeitnehmer in Normalarbeitsverhältnissen vermehrt als Hemmschuh einer zur Flexibilität drängenden Unternehmenspolitik gesehen werden, sind es die atypisch Beschäftigten, die sich unkompliziert an die personelle Nachfrage und die finanziellen Möglichkeiten eines Unternehmens anpassen lassen. Ihre Arbeitsverhältnisse weichen dabei regelmäßig „vom jeweiligen tarif-, unternehmens- oder betriebsüblichen Standard hinsichtlich Arbeitszeiten, Entlohnung oder Bestandssicherheit“¹⁵ ab. Dass die atypisch Beschäftigten im Gegenzug massive Planungsunsicherheiten und daraus resultierende Einschränkungen in ihrer gesamten Lebensplanung in Kauf nehmen müssen und dass sie nicht selten auch mit prekären Beschäftigungsbedingungen zu kämpfen haben,¹⁶ sind Umstände, die bei einem flüchtigen Blick auf die durchaus positiven Arbeitsmarktdaten unberücksichtigt bleiben.

Relevante Instrumente für Bestand und Übergang

Die dargestellten Fakten sind Anlass für einen Blick auf Art und Wirkungskraft der Regulierungsinstrumente. Diese sind arbeitsrechtlicher wie auch sozialrechtlicher Natur, wobei sie unterschiedliche Zielrichtungen verfolgen und zugleich Spannungen zwischen den Akteuren des Arbeitsmarktes erzeugen. Mit ihnen greift der Staat insoweit steuernd in das Arbeitsmarktgefüge ein, als er den Bestand von Arbeitsverhältnissen und zu bewältigende Übergänge zwischen Phasen der Beschäftigung und der Arbeitslosigkeit zu regeln sucht.

Systematisierungsrahmen

Die Regulierungsinstrumente sollen nachfolgend innerhalb eines Systems dreier zeitlich und inhaltlich abgrenzbarer Phasen betrachtet werden. So lässt sich die Zeit, in der eine Person Arbeitnehmer in einem Normalarbeitsverhältnis ist, als deren **Beschäftigungsphase** bezeichnen. Geht diese Phase aus betrieblichen Gründen zu Ende¹⁷ und

¹⁵ Eichhorst/Marx/Thode (Bertelsmann Stiftung), Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit, S. 5.

¹⁶ Vgl. Brinkmann/Dörre/Röbenack, Prekäre Arbeit, S. 19ff.

¹⁷ Personen- und verhaltensbedingte Kündigungsgründe bleiben hier unberücksichtigt.

folgt keine unmittelbare Anschlussbeschäftigung, so schließen sich zwei überlappende Phasen an: Mit Blick auf die **Erwerbslosenphase** steht die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz im Vordergrund. Hinzu tritt das Bedürfnis nach möglichst rascher Rückführung in die Beschäftigungsphase, was sich als **Mobilisierungsphase** bezeichnen lässt. Idealerweise entsteht in zeitlicher Hinsicht zwischen den Phasen eine dynamische Rotation, gefördert durch den Einfluss der Regulierungsinstrumente, so dass zum einen ein zu langes Verharren in der Erwerbslosenphase mit der Gefahr der Langzeitarbeitslosigkeit vermieden werden kann. Zum anderen soll Ziel die Rückführung der Person in ein neues Normalarbeitsverhältnis sein, um damit einer Zweiteilung des Arbeitsmarktes entgegenzuwirken.

Instrumente mit Wirkung in der Beschäftigungsphase

Während des Bestehens eines Arbeitsvertrages liegt der Regulierungsschwerpunkt auf den arbeitsrechtlichen Instrumenten, die unmittelbar an den Vertrag geknüpft sind. Hinzu treten sozialrechtliche Instrumente mit jedenfalls mittelbar regulierender Wirkung.

Aus dem **Bereich des Arbeitsrechts** sind hier die formellen wie auch materiellen Anforderungen an die Wirksamkeit der **Kündigung** zu nennen. So sind bei Ausspruch der Kündigung Formerfordernisse (§ 623 Bürgerliches Gesetzbuch) und Fristen (§ 622 Bürgerliches Gesetzbuch) einzuhalten. In materieller Hinsicht fordert § 1 II, III Kündigungsschutzgesetz neben dringenden betrieblichen Erfordernissen und einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit – mithin dem Kündigungsgrund – insbesondere eine vom Arbeitgeber vorzunehmende Sozialauswahl. Diese erfüllt „*funktional die Aufgabe einer personellen Konkretisierung des dringenden betrieblichen Erfordernisses*“¹⁸ und stellt den Arbeitgeber vor die Herausforderung, unter allen vergleichbaren Mitarbeitern eines Betriebes denjenigen auszuwählen, dessen soziale Kriterien im Vergleich zu seinen Konkurrenten am wenigsten schwer wiegen. Ist das Kündigungsschutzgesetz unanwendbar, so muss der Kündigungsgrund

¹⁸ BAG, Urteil vom 17.09.1998 - 2 AZR 725/97, NZA 1998, S. 1333.

jedenfalls über einen bloßen subjektiven Vertrauensverlust hinausgehen.¹⁹ Die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 Bürgerliches Gesetzbuch schützen in diesen Fällen vor sitten- und treuwidrigen Kündigungen. Außerdem hat der Arbeitgeber ein Mindestmaß sozialer Rücksichtnahme walten zu lassen.²⁰

Bei geplanten **Massenentlassungen** treten Anforderungen des aufzustellenden Sozialplans (§§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz) bzw. des Sozialtarifvertrages hinzu, über die insbesondere wirtschaftliche Nachteile zu Gunsten der zu Kündigenden auszugleichen sind. Diese kollektivarbeitsrechtlichen Instrumente verwirklichen das Recht auf innerbetriebliche bzw. tarifrechtliche Mitbestimmung und dienen neben der Auswahl der betroffenen Personen insbesondere dazu, von vorneherein den Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile zu regeln, vor allem durch Zahlung betrieblicher Abfindungen.

Prozessuale Normen setzen die materiellen Anforderungen um: Erhebt der Arbeitnehmer gegen eine sozialwidrige oder aus anderen Gründen unwirksame Kündigung innerhalb der Frist des § 4 Kündigungsschutzgesetz Klage, so stellt das Gericht im Urteil fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Die Kündigungsschutzklage ist somit keine Gestaltungs-, sondern eine Feststellungsklage,²¹ mit der regelmäßig noch ein allgemeiner Feststellungsantrag nach § 256 Zivilprozessordnung verbunden wird, um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch im Falle nachgeschobener Kündigungen abzusichern.²² § 4 gilt dabei in Verbindung mit §§ 13 I, III, 23 I Kündigungsschutzgesetz auch außerhalb der allgemeinen Anwendbarkeit dieses Gesetzes, so dass z. B. auch bei rechtswidrigen Kündigungen in Kleinbetrieben gerichtlich der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen wird.

¹⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 14.09.1994 - 2 AZR 164/94, NZA 1995, S. 271.

²⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 - 1 BvL 15/87, NJW 1998, S. 1476.

²¹ Vgl. BAG (Großer Senat), Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84, NZA 1985, S. 702.

²² Vgl. Schmitt in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, § 4 KSchG, Rn. 26ff.

Schließlich regulieren auch **Normen des Sozialrechts** die Beschäftigungsphase. Eine **Sperrzeit** beim Arbeitslosengeld (§ 159 Sozialgesetzbuch III) und die Kürzung seiner Bezugsdauer (§ 148 I Nr. 3, 4 Sozialgesetzbuch III) sollen den Arbeitnehmer davon abhalten, seine Arbeitslosigkeit durch eigenes Zutun, insbesondere durch ein Lösen des Beschäftigungsverhältnisses, herbeizuführen. Gemeint sind dabei Fälle der Eigenkündigung, wie auch regelmäßig die Mitwirkung an Aufhebungs- oder Abwicklungsverträgen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen sperrzeitneutral bleiben.²³

Ferner bringt das auf einer „*teilweisen Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten*“²⁴ basierende Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. Sozialgesetzbuch III die Bedeutung des Erhalts von Arbeitsverhältnissen zum Ausdruck. **Kurzarbeit** ermöglicht es dem Arbeitgeber, durch das Absenken von Arbeitszeit und Vergütung – und somit durch ein teilweises Abwälzen des Unternehmerrisikos – auf vorübergehende wirtschaftliche Einbußen seines Betriebes zu reagieren. Er kann sich betrieblich regenerieren, ohne dabei seinen Personalstamm abbauen zu müssen. Die Anordnung von Kurzarbeit erfolgt auf individual- oder – so der Regelfall²⁵ – kollektivarbeitsrechtlicher Grundlage, an die sich sozialversicherungsrechtliche Folgen knüpfen. So entsteht ein Anspruch gegen die Arbeitsagentur auf Zahlung konjunkturellen Kurzarbeitergeldes, der den zwischenzeitlich reduzierten Vergütungsanspruch flankiert.

Instrumente mit Wirkung in der Erwerbslosen- und Mobilisierungsphase

Wer seine Arbeit verliert und nicht sofort eine Anschlussbeschäftigung ergreifen kann, legt zunächst wesentliches Augenmerk auf die Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz. Ist er anspruchsberechtigt, so erhält er nach §§ 136 ff. Sozialgesetzbuch III **Arbeitslosengeld**, wobei sich die Bezugsdauer nach der jeweiligen Anwartschaftszeit richtet. Regelmäßig

²³ Vgl. hierzu Panzer, NJW 2010, S. 11ff.; Lilienfeld/Spellbrink, RdA 2005, S. 90.

²⁴ Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, S. 209.

²⁵ Vgl. Bonanni/Naumann, DStR 2009, S. 1375.

bestehen Ansprüche für einen Zeitraum bis zu zwölf Monaten, wobei dieser aber bei zusätzlicher Überschreitung bestimmter Altersgrenzen maximal 24 Monate umfassen kann. Der Höhe nach werden gem. § 149 Sozialgesetzbuch III regelmäßig 60 Prozent des pauschalierten Nettorentgelts aus dem Bemessungszeitraum gezahlt. Etwaige Sperrzeiten und Kürzungen wirken sich unmittelbar auf diese finanziellen Ansprüche aus.

Neben der finanziellen Absicherung erfolgt eine Mobilisierung mittels verschiedener im Sozialgesetzbuch III vorgesehener Maßnahmen der **aktiven Arbeitsförderung**, die zuletzt im Jahr 2012 einer grundlegenden Reform und Neuordnung unterzogen wurden.²⁶ Vorrang haben Beratung und Vermittlung, wobei ferner z. B. Weiterbildungsangebote, Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung und zur Förderung einer selbständigen Tätigkeit in Anspruch genommen werden können. Durch eine erhöhte Flexibilisierung der Instrumente und dezentrale Strukturen sollen die Jobcenter der Arbeitsagenturen verstärkt in Eigenverantwortung eine möglichst individuelle und passgenaue Betreuung leisten.²⁷

Zwischenfazit

Insgesamt besteht ein deutlicher Regulierungsschwerpunkt in der Beschäftigungsphase, der sich vor allem durch eine einschränkende Einwirkung auf das Selbstbestimmungsrecht der Parteien auszeichnet. Dagegen beherrschen Instrumente mit Leistungs- und Förderungscharakter die Erwerbslosen- und Mobilisierungsphase.

Zielrichtung der Instrumente

Die genannten Regulierungsinstrumente setzen unterschiedliche Gesetzeszwecke um.

²⁶ Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen auf dem Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, BGBl. I, S. 2854, in Kraft getreten zum 01.04.2012.

²⁷ Vgl. Kellner, NZS 2012, S. 652ff., sowie BT-Drucksache 17/6277, S. 77f.

Bestandsschutz als Leitprinzip der arbeitsrechtlichen Regulierung

Die deutsche Arbeitsmarktpolitik und mit ihr das Arbeitsrecht, in dessen Zentrum der Kündigungsschutz als sinnbildliches „*Nervenzentrum*“²⁸ zu verorten ist, wird vom Rechtsgedanken des **Bestandsschutzes** dominiert. Bestandsschutz, der sich neben dem Arbeitsrecht in einer Vielzahl weiterer Bereiche des deutschen Rechts findet, wird als solcher weder positiv durch das Gesetz definiert, noch wird er unmittelbar als rechtlicher Bestandteil in den Arbeitsvertrag integriert. Seine allgemeine Verankerung findet er vielmehr in den Grundprinzipien der Verfassung, ähnlich dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Willkürverbot.²⁹ Dabei lässt sich mit Sendler Bestandsschutz definieren als „*rechtlich gesicherte[r], durch Verfassung oder einfaches Recht mit zahlreichen Unterschieden und Einschränkungen gewährte[r] Schutz eines tatsächlich vorhandenen Bestandes von Rechten oder sonstigen Positionen*“³⁰.

Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz manifestiert sich bei einer drohenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses, bei deren Vollzug und den sich anschließenden Übergängen. Dem Grunde nach haben zunächst beide Seiten ein Interesse am Bestand eines Arbeitsverhältnisses: der Arbeitnehmer, um seine Existenzgrundlage und seinen sozialen Status zu erhalten, der Arbeitgeber, um seinen Belegschaftsbestand zu bewahren und Betriebsabläufe zu gewährleisten. Ebenso können beide Seiten ein Interesse an einer Lösung des Bestandes haben: der Arbeitnehmer, um sich beruflich zu verändern und weiterzuentwickeln, der Arbeitgeber, um seine Belegschaft der betrieblichen Notwendigkeit und seinen finanziellen Möglichkeiten anzupassen.

Die Intensität des Bestandsschutzes und damit die rechtlichen Hürden, die zum Zweck seiner Überwindung genommen werden müssen, sind auf Seiten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers unterschiedlich stark ausgeprägt, wobei hier der Bestandsschutz zu Gunsten des

²⁸ Schwerdtner, zitiert nach Preis, RdA 2003, S. 65.

²⁹ Vgl. Sendler, WuV 1993, S. 236.

³⁰ Sendler, WuV 1993, S. 237.

Arbeitnehmers im Vordergrund steht. Dessen interessengerechte Umsetzung erfordert in besonderem Maße eine „*Gratwanderung zwischen Unternehmerfreiheit und Arbeitsplatzschutz*“³¹, die in Art und Anwendung der Regulierungsinstrumente zum Ausdruck kommen muss.

Rechtlicher Wirkungspunkt des Bestandsschutzes

Ausgehend von dieser Definition ist zunächst festzustellen, dass der arbeitsrechtliche Bestandsschutz mit dem Rechtsprinzip der Privatautonomie bzw. dem **Selbstbestimmungsrecht** der Parteien konkurriert. Wie der Bestandsschutz sind denn auch diese Prinzipien über Art. 2 I Grundgesetz verfassungsrechtlich verankert und sichern den Parteien das Recht, einen Vertrag nicht nur nach eigenen Vorstellungen einzugehen und zu gestalten, sondern diesen einvernehmlich oder aber auch einseitig wieder zu lösen. Die Möglichkeit, sich über den Grundsatz „pacta sunt servanda“ hinwegzusetzen, ist gerade bei unbefristeten Verträgen ein Muss, um eine Ewigkeitsbindung zu vermeiden und das Selbstbestimmungsrecht zu wahren.³²

Zugleich ist diese Möglichkeit nicht unbeschränkt gewährt. Vielmehr setzt genau hier das Rechtsinstitut des Bestandsschutzes an: Es setzt dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien Grenzen. Nur wenn im konkreten Fall die Rechtspositionen und Interessen des Arbeitnehmers unter Abwägung mit denen des Arbeitgebers weniger schützenswert erscheinen, ist eine Kündigung als Ausdruck der Selbstbestimmung gerechtfertigt.

Unmittelbar bestandsschützende Instrumente

Einige der oben angesprochenen Regulierungsinstrumente formulieren unmittelbare Voraussetzungen, ohne deren Erfüllung ein Arbeitsverhältnis durch Kündigung nicht rechtswirksam beendet werden kann. Insoweit lässt sich von **unmittelbarem Bestandsschutz** sprechen.

³¹ Hromadka, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, S. 12.

³² Vgl. Oetker, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, S. 19.

In der Beschäftigungsphase verwirklichen die arbeitsrechtlichen Instrumente den Bestandsschutz in dieser Weise.

Hier sind allen voran die **materiellen** Wirksamkeitsvoraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung zu nennen, die sich aus dem Kündigungsschutzgesetz ergeben. Hierzu stellt das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung fest: „Das Kündigungsschutzgesetz dient vornehmlich dem Schutz des Arbeitsplatzes. Es wünscht, wenn möglich, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Es ist somit ein ‚*Bestandsschutzgesetz*‘ und kein ‚*Abfindungsgesetz*‘.“³³ Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes bieten die zivilrechtlichen Generalklauseln das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß³⁴ an Bestandsschutz.

Daneben haben auch **Form und Frist** einer Kündigung unmittelbar bestandsschützenden Charakter. Sie sind nicht bloß formelle Hürden, die der Kündigende zu nehmen hat. Für beide dient vielmehr gerade die Frist der Planbarkeit weiterer beruflicher bzw. personeller Entscheidungen. Sie soll als „*zeitlicher Bestandsschutz*“³⁵ sicherstellen, dass der Beendigungszeitpunkt den Gekündigten nicht völlig unpassend überrascht.

Zusätzlich erfahren ganze Arbeitnehmergruppen im Falle geplanter betriebsbedingter Massenentlassungen Bestandsschutz über die Anforderungen eines zu erstellenden **Sozialplans bzw. eines Sozialtarifvertrages**. Nur bei Einhaltung der Wirksamkeitskriterien gelingt es dem Unternehmer, sein auf eine Massenentlassung gerichtetes Selbstbestimmungsrecht wirksam umzusetzen.

Mittelbar und faktisch bestandsschützende Instrumente

Andere Instrumente entfalten **mittelbaren Bestandsschutz**, indem sie dem Handelnden klare Negativkonsequenzen vor Augen führen und so

³³ BAG, Urteil vom 05.11.1964 - 2 AZR 15/64, NJW 1965, S. 787; ebenso BAG, Urteil vom 07.05.1987 - 2 AZR 271/86, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 19; BAG, Urteil vom 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06, NJW 2009, S. 1769.

³⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 - 1 BvL 15/87, NJW 1998, S. 1476.

³⁵ BAG (2. Senat), Urteil vom 18.04.1985 - 2 AZR 197/84, AP BGB § 622 Nr. 20.

sein Handeln zu steuern versuchen: Erfüllt dieser nämlich unmittelbare Bestandsschutzvorschriften nicht, so entsteht Bestandsschutz durch die Anfechtbarkeit oder Sanktionierung des Handelns.

Zunächst sind hier das arbeitsgerichtliche **Verfahrensrecht** zu nennen sowie die rechtlichen Konsequenzen, die mit einem solchen Verfahren verknüpft sind. Mit einem Kündigungsschutzverfahren setzt der Betroffene im Fall der unwirksamen Kündigung nicht deren Aufhebung, sondern vielmehr unmittelbar den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses durch. Das Verfahren ist regelmäßig langwierig und teuer; jede Seite hat gem. § 12 a Arbeitsgerichtsgesetz ihren Kostenanteil unabhängig vom Verfahrensausgang selbst zu tragen. Hinzu kommt im Einzelfall die Zahlung von Verzugslohn nach § 615 Bürgerliches Gesetzbuch. Hier sei erwähnt, dass auch das **Richterrecht** extremen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung des Kündigungsschutzes nimmt. Die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe des Arbeitsrechts füllen die Gerichte als eine Art „Ersatzgesetzgeber“³⁶, wobei Rüthers in der Intensität dieses Rollenverständnisses sogar eine Annäherung an das Recht der kanonischen Ehe sieht. Zugespielt stellt er zum Einfluss des Richterrechts fest: „Eine Ehe ist bei uns bei weitem einfacher und schneller auflösbar als ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.“³⁷

Auch eine **Sperrzeit** beim Arbeitslosengeld vermittelt als Sanktion Bestandsschutz. Sie stellt einem Arbeitnehmer, der sich aus freien Stücken an der Lösung seines Arbeitsverhältnisses beteiligt, erhebliche finanzielle Einbußen und eine verkürzte Bezugsdauer in Aussicht. Hier liegt es nahe, dass Arbeitnehmer sich im Zweifel gegen eine Auflösung auf Drängen des Arbeitgebers entscheiden werden, allein um diesen Negativfolgen zu entgehen.

³⁶ Rüthers, NJW 2002, S. 1603.

³⁷ Rüthers, NJW 2003, S. 548.

In dieser Kategorie ist auch die Einführung von **Kurzarbeit** zu nennen. Zwar handelt es sich hierbei nicht um eine Negativfolge, die den Beteiligten droht, wenn sie gegen die rechtlichen Anforderungen verstoßen. Nichtsdestotrotz zeigt die Kurzarbeit den klaren Willen des Gesetzgebers, nämlich den Erhalt von Arbeitsplätzen. Die Instrumente Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld sind somit faktisch ebenfalls bestandsschützend, was der Gesetzgeber bei Erlass des Sozialgesetzbuchs III im Jahr 1996 wie folgt unterstreicht: „Durch die Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld können den Arbeitnehmern die Arbeitsplätze und den Betrieben die eingearbeiteten Arbeitnehmer erhalten werden. Die Vermeidung von Entlassungen liegt im übereinstimmenden Interesse von Arbeitnehmern, Betrieben und Beitragszahlern.“³⁸

Zielrichtung der Leistungen in der Erwerbslosen- und Mobilisierungsphase

Mit den Leistungen der Arbeitslosenversicherung setzt der Staat einen Teil der ihm obliegenden Sozialstaatsanforderungen nach Art. 20 I, 28 I Grundgesetz um. Die Maßnahmen der Arbeitsförderung verfolgen das Ziel der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt, die zu einer schnellen Wiedereingliederung der Arbeitslosen führen soll.³⁹ Daneben erfolgt die wirtschaftliche Unterstützung des Arbeitslosen im Sinne eines Lohnersatzes zum Erhalt seines Lebensunterhalts.⁴⁰ Die Versicherungsleistung zielt insoweit auch auf ein Aufrechterhalten der Konsumfähigkeit zur Stabilisierung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nach Art. 109 II Grundgesetz.⁴¹ Durch Maßnahmen der aktiven Arbeitsförderung wird das Ziel einer sozialen Arbeitsmarktordnung unterstrichen.

³⁸ BT-Drucksache 13/4941, S. 183.

³⁹ Vgl. Gagel, SGB III, § 1, Rn. 6.

⁴⁰ Vgl. Schmidt-De Caluwe in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III – Arbeitsförderung, § 3, Rn. 28.

⁴¹ Vgl. Kube in Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 109 GG, Rn. 85ff.; Papier, RdA 2000, S. 3.

Zwischenfazit

Eine Vielzahl von Instrumenten bewirkt unmittelbaren Bestandsschutz oder trägt zumindest mittelbar oder faktisch zu diesem bei. Diese Ausrichtung bildet den Schwerpunkt der Arbeitsmarktregulierung.

Bestandsschutz in seiner historischen Tradition

Seine stärkste Verwirklichung findet der Bestandsschutz durch die unmittelbar wirkenden Instrumente in der Beschäftigungsphase. Das engmaschige Netz ist aber angesichts seiner historischen Entwicklung **nicht selbstverständlich**.

Entwicklung des Kündigungsschutzes

So blickt die arbeitsrechtliche Regulierung auf liberale Traditionen zurück. Nach Aufbrechen der tradierten Strukturen des Zunftwesens im 19. Jahrhundert entschied sich zunächst Preußen mit den Stein-Hardenbergschen Reformen⁴² für ein neues Staats- und Sozialsystem, zu dessen wesentlichen Merkmalen eine liberalisierte Berufs- und Gewerbetätigkeit zählte.⁴³ Auf dieser Grundlage wurde im Jahr 1810 erstmals die Gewerbefreiheit eingeführt⁴⁴, wobei sich damit einhergehend das Prinzip der Vertragsfreiheit manifestierte: im Grundsatz eine Errungenschaft für beide Seiten, denn auch die Arbeitnehmer konnten sich von der lebenslangen Bindung an einen absolutistischen Dienstherrn befreit sehen.⁴⁵ Im Zeitalter der Industrialisierung entwickelten sich zunächst gewisse

⁴² Grundlegend Vogel, Allgemeine Gewerbefreiheit. Die Reformpolitik des preußischen Staatskanzlers Hardenberg (1810-1820).

⁴³ Vgl. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 7.

⁴⁴ Dies erfolgte zunächst durch das Preußische Gewerbebesteuereдикт. 1845 wurde die Gewerbefreiheit mit der Preußischen Gewerbeordnung erstmals eigenständig kodifiziert. Die darauf folgende Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund galt ab 1872 auch in den übrigen Staaten des Deutschen Reichs und gibt seit einer Neubekanntmachung im Jahr 1900 der Gewerbeordnung bis heute die tragende Grundstruktur. Vgl. Pielow in ders., Beck'scher Online-Kommentar Gewerbeordnung, § 1 GewO, Rn. 6f.

⁴⁵ Vgl. Richardi in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, § 2, Rn. 1; Preis in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 1. Teil, A.), Rn. 1.

Arbeitsschutz-Standards und die Grundpfeiler des Tarifrechts sowie der innerbetrieblichen Mitbestimmung. Anforderungen an die Kündigung wurden mit Ausnahme der außerordentlichen Kündigung noch nicht gestellt.⁴⁶

Kündigungsschutzrechtliche Strukturen entwickelten sich erst nach dem Ersten Weltkrieg. Die Demobilisierungsverordnung zu Gunsten ehemaliger Weltkriegssoldaten sah erstmals das Prinzip der Sozialauswahl vor. Ferner wurde es mit dem Betriebsrätegesetz von 1920 möglich, sich mit dem Einwand der unbilligen Härte mittels Einspruchs beim Betriebsrat gegen eine ergangene Kündigung zur Wehr zu setzen. War dieser erfolgreich, so konnte eine Klage, gerichtet auf Zahlung einer Abfindung, erhoben werden. Dabei lag es in der Hand des Arbeitgebers, die Zahlung im Falle seines Unterliegens durch die Fortführung des Arbeitsverhältnisses abzuwenden.⁴⁷ Dennoch war es Arbeitnehmern nunmehr möglich, auch bei ordentlichen, fristwahrenden Kündigungen einen gewissen Schutz zu erfahren.⁴⁸

Nachdem die NS-Diktatur kollektivarbeitsrechtliche Strukturen radikal abgebaut und bei Kündigungen die „unbillige Härte“ als Einfallstor für ihre menschenverachtende Ideologie missbraucht hatte, setzte in der Nachkriegszeit eine neue Auseinandersetzung mit den arbeitsrechtlichen Grundstrukturen ein. Zunächst kam es zur Aufhebung einschränkender NS-Gesetze durch den Alliierten Kontrollrat, so dass der Bestandsschutz schon durch Erstarren der innerbetrieblichen Mitbestimmung wieder an Bedeutung gewann. Hinzu kamen kündigungsschutzrechtliche Normen in den einzelnen Besatzungszonen. Zwei wichtige **Grundlagenpapiere** bereiteten schließlich ein einheitliches Kündigungsschutzgesetz vor,

⁴⁶ Vgl. Preis in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 1. Teil, A.), Rn. 1.

⁴⁷ Vgl. Griebing in Etzel/Bader/Fischermeier, KR, § 1 KSchG, Rn. 3; da dieses Wahlrecht in Fällen besonders schwerwiegender Sozialwidrigkeit als unbillig empfunden wurde, behalf sich die Rechtsprechung mit der Anwendung des § 138 BGB, wonach sie die Kündigung wegen Sittenwidrigkeit für schlechthin unzulässig erklären konnte, vgl. Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, Einleitung, Rn. 20.

⁴⁸ Vgl. Kreft, NZA Beilage 2012, S. 58.

wobei ihnen die Abkehr von der bis dahin vorherrschenden, grundsätzlichen Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gemein war. Während bis dato eine arbeitgeberseitige Kündigung nur dann unwirksam war, wenn sie den Arbeitnehmer mit unbilliger Härte traf, sollte nach dem sog. Frankfurter Entwurf⁴⁹ die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung vom positiv festzustellenden Erfordernis der sozialen Rechtfertigung abhängen. Der sog. Hattenheimer Entwurf⁵⁰ übernahm diese Wertung, wengleich mit der Abweichung, die soziale Rechtfertigung der Kündigung nicht als positive Voraussetzung, sondern vielmehr ihr Fehlen als Grund für die Unwirksamkeit der Kündigung vorzusehen. Hinzu trat eine Abkehr vom zuvor gängigen Wahlrecht des Arbeitgebers zwischen Fortführung des Arbeitsverhältnisses und Zahlung einer Abfindung. Bei gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit sollte nur noch der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen⁵¹ und der Arbeitgeber nicht mehr die Möglichkeit haben, sich quasi von der Weiterbeschäftigung freizukaufen. Dies war mit dem Schutz der Betriebszugehörigkeit, die erstmals als „*schutzwürdiges Rechtsgut*“⁵² definiert wurde, nicht mehr vereinbar. Damit wurde der existenziellen Bedeutung des Arbeitsplatzes und dem ideellen Wert der Betriebszugehörigkeit Rechnung getragen.⁵³ Ziel war es, den Schutz der Arbeitnehmer angesichts der veränderten gesellschaftlichen und politischen Gegebenheiten – wörtlich: „aufgrund der sozialen Anschauungen unserer Zeit“⁵⁴ – erheblich zu verbessern, ohne aber die wirklich notwendigen Kündigungen zu verhindern oder auch nur zu erschweren.

Das **Kündigungsschutzgesetz von 1951** übernahm die gefundenen rechtlichen Wertungen, so dass nunmehr nach § 1 I die

49 Entwurf des Frankfurter Wirtschaftsrates vom 20.07.1949.

50 Entwurf der Spitzenvertreter von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite vom 09.01.1950.

51 Vgl. Hueck, RdA 1949, S. 335; ders., RdA 1950, S. 66.

52 Begründung des Kündigungsschutzgesetzes, Teil B, I, 1.), Drucksache des Wirtschaftsrates des Vereinigten Wirtschaftsgebietes Nr. 1483/49.

53 Begründung des Kündigungsschutzgesetzes, Teil B, I, Drucksache des Wirtschaftsrates des Vereinigten Wirtschaftsgebietes Nr. 1483/49.

54 Begründung des Kündigungsschutzgesetzes, Teil B, I, 1.), Drucksache des Wirtschaftsrates des Vereinigten Wirtschaftsgebietes Nr. 1483/49.

Rechtsunwirksamkeit der Kündigung zu bejahen war, wenn diese sozial ungerechtfertigt war. Prozessual kam fortan eine Klage, gerichtet auf eine Abfindungszahlung, nicht mehr in Betracht. Vielmehr wurde im Wege einer Feststellungsklage der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen. Die heutigen §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz fanden als Ausnahmen schon im damaligen Gesetz ihren Platz, wonach – in der bis heute gleichlautenden Formulierung – eine Entschädigung von „*bis zu zwölf Monatsverdiensten*“ zuzusprechen war, wenn das Gericht dem Auflösungsantrag stattgab. Um seinem Ansinnen nach möglichst starkem Bestandsschutz Rechnung zu tragen, entschied sich der Gesetzgeber für diese offengehaltene „bis zu“-Formulierung. So sollte ein Arbeitgeber in Unsicherheit darüber geraten, in welcher Höhe wohl die gerichtliche Festsetzung der Abfindung erfolgt. Diese Unsicherheit gilt wegen ihres negativen Einflusses auf die finanzielle Planbarkeit zunehmend als erheblicher Kritikpunkt der Arbeitgeberseite am gesetzlichen Kündigungsschutz. Dabei ist hervorzuheben, dass das Kalkulationsrisiko bei Erlass des Gesetzes nicht einfach versehentlich verursacht oder schlicht als Nebeneffekt in Kauf genommen wurde. Vielmehr sollte die mangelnde Planbarkeit ein zusätzliches Instrument zur Festigung des Bestandsschutzes sein. Laut Gesetzesbegründung sollte einer leichtfertigen Entscheidung für den Auflösungsantrag entgegengewirkt werden, indem der Arbeitgeber in Unkenntnis darüber bleibt, „*zu welcher Abfindung ihn das Arbeitsgericht bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses verurteilen wird. [...] Damit würde das Ziel erreicht, dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren zu sichern*“⁵⁵.

Wesentliche Modifikationen des Bestandsschutzes fanden seither nicht mehr statt. Stets unter großer politischer wie gesellschaftlicher Diskussion erfolgten im Kündigungsschutz zwar Veränderungen des Schwellenwertes sowie eine Verengung der Sozialauswahl; ferner brachte die Agenda 2010 starke arbeitsmarktpolitische Reformen mit sich. Der Bestandsschutz selbst blieb aber im Wesentlichen unangetastet. Auch

55 Gesetzesbegründung zu § 7 KSchG, RdA 1951, S. 64.

der 2002 eingeführte § 1 a Kündigungsschutzgesetz sollte den Bestandsschutzcharakter des Gesetzes ausdrücklich nicht beeinträchtigen.⁵⁶ Vielmehr sollte diese Abfindungsmöglichkeit eine „*einfach zu handhabende, moderne und unbürokratische Alternative zum Kündigungsschutzprozess*“⁵⁷ schaffen.

Zwischenfazit

Die Ausführungen zeigen, dass der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz ursprünglich keinen vollen Bestandsschutz verfolgte. Nicht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, sondern ein finanzieller Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes wurde zur Befriedigung der Arbeitnehmerinteressen als ausreichend erachtet. Neue rechtliche Wertungen traf der Gesetzgeber erst in den 50er Jahren, und zwar explizit „aufgrund der sozialen Anschauungen unserer Zeit“ – also im Eindruck der Nachkriegszeit und mit Entstehen des Systems der Sozialen Marktwirtschaft.

Das Problem des eingeschränkten Handlungsspielraums

Der Bestandsschutz in seinen verschiedenen Ausprägungen wird zum besonderen Schwergewicht durch die **stark eingeschränkte Dispositivfreiheit** über diese Rechtsposition. So können die Parteien sich nur sehr bedingt durch gemeinsame Übereinkunft über die Bestandsschutzanforderungen hinwegsetzen. Hinsichtlich der mittelbar und faktisch bestandsschützenden Instrumente scheidet dies schon deshalb aus, weil sie als öffentlich-rechtliche oder prozessuale Normen aus Gründen des Gesetzesvorbehalts wie auch des Gesetzesvorrangs⁵⁸ grundsätzlich nicht dispositiv sind. Selbst wenn also ein Arbeitnehmer ausschließlich Interesse an einer Abfindung hat, ist er gezwungen, Klage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu erheben und den Streit um Bestandsschutz quasi

⁵⁶ Vgl. BT-Drucksache 15/1204, S. 9.

⁵⁷ BT-Drucksache 15/1204, S. 12.

⁵⁸ Vgl. Möslin, Dispositives Recht, S. 13; Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20 GG, Rn. 72ff.

als „*Drohkulisse*“⁵⁹ zu nutzen. Aber auch von den unmittelbar bestandsschützenden Instrumenten kann nicht beliebig abgewichen werden.

Grundsätzliche Unabdingbarkeit

Die allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften, die der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer einzuhalten hat, sind grundsätzlich unabdingbar.⁶⁰ Damit weicht die Einordnung der Normen ab von den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, das eigentlich „*Paradebeispiel einer dispositiven Rechtsmaterie*“⁶¹ ist. Erlaubt sind im Arbeitsrecht zwar Vereinbarungen, die den Bestandsschutz erweitern, wovon insbesondere in Tarifverträgen regelmäßig Gebrauch gemacht wird.⁶² Eine Einschränkung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes ist jedoch ausgeschlossen. Gerade der **im Voraus**⁶³ – also bei Vertragsabschluss oder während eines laufenden Arbeitsverhältnisses – erklärte Verzicht des Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz ist in jeglicher Form, also sowohl individualvertraglich wie auch durch Betriebsvereinbarung oder durch Tarifvertrag, unzulässig.⁶⁴ Für alle Rechtsformen gilt gleichermaßen, dass es sich beim Kündigungsschutz um nicht dispositives Recht handelt.⁶⁵

Angesichts dieser massiven Einschränkung und ihrer weit reichenden Konsequenzen stellt sich die Frage nach der dogmatischen **Begründbarkeit** dieser mangelnden Dispositivität. Dies ist im Wege der Auslegung

⁵⁹ Preis/Bender, NZA 2005, S. 1323.

⁶⁰ Bei der außerordentlichen Kündigung gilt die Unabdingbarkeit dagegen für beide, da zwei Parteien nicht in unzumutbarer Weise aneinander gebunden sein dürfen, vgl. Preis in Staudinger, § 626 BGB, Rn. 38ff. mit weiteren Nachweisen.

⁶¹ Möslin, Dispositives Recht, S. 24.

⁶² Eine Ausweitung des gesetzlichen Bestandsschutzes und gar der Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu Gunsten von älteren oder lang beschäftigten Arbeitnehmern ist dabei durchaus üblich, vgl. Oetker, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, S. 14.

⁶³ Vgl. BAG, Urteil vom 19.12.1974 - 2 AZR 565/73, NJW 1975, S. 1531.

⁶⁴ Ebenso unzulässig sind beispielsweise die Einführung von Altersgrenzen oder absoluten Kündigungsgründen sowie die Verlängerung der Wartezeit nach § 1 I 1 KSchG, vgl. Holthausen in Hümmelich/Boecken/Düwell, NomosKommentar Arbeitsrecht, § 1 KSchG, Rn. 24.

⁶⁵ Vgl. Neumann in Staudinger, Vorbemerkung zu §§ 620 ff. BGB, Rn. 150.

zu ermitteln, wobei der „*Schutz des schwächeren Vertragspartners*“⁶⁶ als wichtigstes Argument für zwingendes Recht gilt. Gerade Arbeitsverhältnisse sind regelmäßig durch ein ungleiches Machtverhältnis sowie durch wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers geprägt. Die Unabdingbarkeit schafft hier ein Gegengewicht mit dem Ziel, die Interessen des Arbeitnehmers zu stärken. Zwar gibt es kein entsprechendes Verbotsgesetz, vereinbaren die Parteien jedoch etwas Abweichendes, so ergeben sich die Konsequenzen aus dem schon im römischen Recht entwickelten Grundsatz der unzulässigen Gesetzesumgehung. Danach umgeht das Gesetz in unzulässiger Weise, „*wer ohne Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes den Sinn des Gesetzes hintergeht*“⁶⁷. Das Bundesarbeitsgericht hat durch intensive und durchaus kritisch zu betrachtende richterliche Rechtsfortbildung⁶⁸ die Gesetzesumgehung im Arbeitsrecht als eigenständiges Rechtsinstitut definiert⁶⁹ und ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen entwickelt. Sie wird immer dann bejaht, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm durch die missbräuchliche Verwendung anderer Gestaltungsmöglichkeiten vereitelt wird.⁷⁰ Schon die Bejahung der zwingenden Norm weitet das Bundesarbeitsgericht erheblich aus, wenn es das Rechtsinstitut sogar in all jenen Fällen ohne konkret verletzte Norm für anwendbar erklärt, wenn aber im „*Gefüge der Grundsätze des deutschen Arbeitsrechts ein verständiger Arbeitgeber keine sachliche Rechtfertigung beanspruchen kann*“⁷¹. Ferner soll die vom

66 Vgl. Möslein, Dispositives Recht: Zwecke, Strukturen und Methoden, S. 26.

67 Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 660 mit Verweis auf das römische Recht; ebenso Neuhausen, Der im Voraus erklärte Verzicht eines Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz, S. 11.

68 Zum Ausmaß des richterlichen Einflusses kritisch Rüthers, NJW 2002, S. 1603; ders., NJW 2003, S. 548.

69 Vgl. Benecke, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, S. 128; dies in Abgrenzung zur herrschenden Lehre, bei der weitgehende Einigkeit darin besteht, dass dem Verbot der Gesetzesumgehung nicht diese eigenständige Bedeutung beizumessen ist, sondern dass es sich dabei um einen Fall der Auslegung bzw. des Analogieschlusses handelt, vgl. hierzu eingehend ebenda, S. 80ff.

70 Vgl. BAG (Großer Senat), Beschluss vom 12.10.1960 - 3 AZR 65/59, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 16, ebenso zur allgemeinen Definition Sack/Seibin in Staudinger, § 134, Rn. 145.

71 BAG, Urteil vom 10.05.1962 - 5 AZR 452/61, NJW 1962, S. 1537ff., bejahend für den Verstoß gegen die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

Bundesarbeitsgericht entwickelte „*objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts*“⁷² entscheidend sein, so dass es mit Blick auf die besondere Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers z. B. nicht darauf ankommt, ob eine Umgehung beabsichtigt wird oder ob sie lediglich in Kauf genommen wird. Ebenfalls ist es unerheblich, ob sich ein Arbeitnehmer ganz bewusst und womöglich sogar aus Eigeninteresse für eine Abweichung vom Bestandsschutz entscheiden will. Die Rechtsfolge ergibt sich regelmäßig aus § 134 Bürgerliches Gesetzbuch, so dass die zwingende Nichtigkeit der Vereinbarung folgt.⁷³

Zulässige Varianten der Bestandsschutzlockerung

Besonderes Interesse an einer Lockerung des Bestandsschutzes hat der Arbeitgeber, um seinen unternehmerischen Spielraum zu erweitern. Im Rahmen des Zulässigen bestehen einige Varianten zum flexibleren Umgang mit dem arbeitsrechtlichen Bestandsschutz.

Bereits angesprochen wurde der generelle Trend zu **atypischen Arbeitsverhältnissen**. Wer schließlich gar nicht erst in den Geltungsbereich der Kündigungsschutzvorschriften fällt, muss sich auch keine Gedanken über deren Abdingbarkeit machen. So bieten sich Befristungen an, um eine langfristige zeitliche Bindung zu vermeiden. Ebenfalls entgeht ein Unternehmer dem arbeitsrechtlichen Bestandsschutz durch Rückgriffe auf Leiharbeit oder die Zusammenarbeit mit Selbständigen.

Innerhalb von Normalarbeitsverhältnissen bleibt dem Arbeitgeber ferner in gewissem Rahmen die Möglichkeit, gewünschte Vertragsbeendigungen durch **Abfindungszahlungen** zu befördern, somit also dem Arbeitnehmer dessen Bestandsschutz abzukaufen. Während ein Verzicht auf Bestandsschutz im Voraus unzulässig ist, besteht sehr wohl die Möglichkeit, sich im Wege der Privatautonomie nach § 311 I Bürgerliches Gesetzbuch mit einem schriftlichen Aufhebungsvertrag über die

72 BAG, Urteil vom 07.11.2007 - 5 AZR 1007/06, NZA 2008, S. 531.

73 Vgl. BAG, Urteil vom 12.12.1984 - 7 AZR 509/83, NJW 1985, S. 2151; BAG, Urteil vom 11.07.1995 - 3 AZR 154/95, NZA 1996, S. 207.

einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verständigen.⁷⁴ Die Abfindung ist dabei in aller Regel Kernelement der Vereinbarung, denn zum einen dient sie dem Arbeitnehmer als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes, zum anderen spiegelt sie das Risiko des Arbeitgebers wider, wonach eine alternativ ausgesprochene Kündigung sich im Prozess als unwirksam erweisen könnte. Problematisch kann dabei jedoch die direkte Beteiligung des Arbeitnehmers an der Lösung seines Arbeitsvertrages sein. Soweit kein wichtiger Grund für seine Mitwirkung vorliegt,⁷⁵ droht ihm eine Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld.

Wird dagegen vom Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen, so bietet das Gesetz über § 1 a Kündigungsschutzgesetz die Möglichkeit, die Kündigung direkt mit einem Abfindungsangebot für den Fall des Klageverzichts zu verbinden. Lässt der Gekündigte daraufhin die Klagefrist verstreichen, so erhält er die in Aussicht gestellte Abfindung, ohne dass ein darüber hinausgehendes rechtsgeschäftliches Handeln erforderlich wäre.⁷⁶ Damit erledigt sich die Auseinandersetzung über die Kündigung, nichtsdestotrotz bleibt es aber bei einer Planungsunsicherheit für den Arbeitgeber: Er weiß während der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 Kündigungsschutzgesetz regelmäßig nicht, ob der Arbeitnehmer die Frist tatsächlich ungenutzt verstreichen lässt oder ob der Arbeitnehmer doch noch Klage erhebt. Wirkliche Rechtsklarheit könnte er in diesem Fall nur durch einen Abwicklungsvertrag herbeiführen, welcher die Modalitäten der durch die Kündigung bewirkten Vertragsbeendigung regelt. Die Verknüpfung einer Klageverzichts- oder -rücknahmeerklärung mit einer Abfindungszahlung ist für einen solchen Vertrag typisch.⁷⁷ Das

⁷⁴ Vgl. Richardi in Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, P. Dienstvertrag, Rn. 112.

⁷⁵ Ein solcher wichtiger Grund liegt nach dem Bundessozialgericht vor, wenn eine betriebsbedingte Kündigung im Raum stand, die angebotene Abfindung die in § 1 a KSchG genannte Höhe nicht überschreitet und auch die Kündigungsfrist des Arbeitgebers nicht verkürzt wird. Auf die Rechtmäßigkeit der potentiellen Arbeitgeberkündigung kommt es nicht weiter an. Vgl. BSG, Urteil vom 12.07.2006 B 11a AL 47/05 R, NZS 2007, 380, 2. Leitsatz.; ebenso Panzer, NJW 2010, S. 15.

⁷⁶ Vgl. Oetker in Müller-Glöße/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar, § 1 a KSchG, Rn. 13.

⁷⁷ Vgl. Rolfs in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, Aufhebungsvertrag, Rn. 25.

Bundesarbeitsgericht erklärt das so erfolgende Erkaufen von Planungssicherheit als unbedenklich zulässig,⁷⁸ wobei aber wiederum sperrzeitrechtliche Konsequenzen möglich sind.⁷⁹ Kommt es tatsächlich zum Kündigungsschutzverfahren, steht es den Parteien frei, das Verfahren wie auch das Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch einen gerichtlichen – und zugleich sperrzeitrechtlich privilegierten⁸⁰ – Vergleich zu beenden. Unter Mitwirkung des Gerichts enden erstinstanzlich gut 60 Prozent der Kündigungsschutzverfahren auf diese Weise, in zweiter Instanz immerhin gut 40 Prozent⁸¹ – letztlich unter Hinwegsetzung über das eigentliche Klage- und Gesetzesziel. Und schließlich sieht das Kündigungsschutzgesetz noch die Ausnahme vor, trotz gerichtlich festgestellter Sozialwidrigkeit⁸² der Kündigung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitiger Abfindungszahlung nach §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz zu beantragen. Angesichts dieser systemwidrigen Durchbrechung des Bestandsschutzes sind hier an den Auflösungsantrag des Arbeitgebers besonders strenge Anforderungen zu stellen.⁸³ Nur beim leitenden Angestellten genügt ein unbegründeter Antrag, wodurch hier der Bestandsschutz durch einen bloßen Abfindungsschutz ersetzt ist.⁸⁴

Bei **Massenentlassungen** kann der Arbeitgeber ebenfalls versuchen, sich schnelle Rechts- und Planungssicherheit mit finanziellen Leistungen zu erkaufen. Regelmäßig wird er Interesse daran haben, dies mittels einer sogenannten Turboprämie⁸⁵ – also der Zahlung einer Abfindung

⁷⁸ Vgl. BAG, (6. Senat), Urteil vom 25.04.2007 - 6 AZR 622/06, AP InsO § 113 Nr. 23.

⁷⁹ Vgl. BSG, Urteil vom 18.12.2003 - B 11 AL 35/03 R, NZS 2004, S. 611.

⁸⁰ Vgl. BSG, Urteil vom 17.10.2007 - B 11a AL 51/06 R, NZS 2008, S. 663ff.

⁸¹ Vgl. Bengelsdorf, NZA 1994, S. 193.

⁸² Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Auflösungsantrag des Arbeitgebers unzulässig, wenn die Kündigung neben der Sozialwidrigkeit auch noch aus anderen Gründen unwirksam ist, vgl. BAG (6. Senat), Urteil vom 09.10.1979 - 6 AZR 1059/77, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 4.

⁸³ Vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2006 - 2 AZR 21/05, NZA 2006, S. 917; BAG, Urteil vom 23.6.2005 - 2 AZR 256/04, NZA 2006, S. 363.

⁸⁴ Vgl. Eylert in Hümmerich/Boecken/Düwell, NomosKommentar Arbeitsrecht, § 14 KSchG, Rn. 36.

⁸⁵ Zum Begriff beispielhaft BAG, Urteil vom 31.05.2005 - 1 AZR 254/04, RdA 2006, S. 378ff.;

gegen Erklärung des Klageverzichts – zu erreichen. Ein Sozialplan kann das Angebot der Turboprämie nicht enthalten, da darin nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 75 I 1 Betriebsverfassungsgesetz zu sehen ist.⁸⁶ Gleichwohl ist eine Turboprämie im Planungsinteresse des Arbeitgebers zulässig, wenn sie durch eine flankierende Betriebsvereinbarung geregelt wird und diese weder das grundsätzliche Verknüpfungsverbot zwischen Sozialplanabfindung und Kündigungsverzicht umgeht⁸⁷ noch die Sozialplanabfindung finanziell schmälert.⁸⁸

Ein Sozialtarifvertrag dagegen kann die Turboprämie unmittelbar vorsehen.⁸⁹ Grund für die unterschiedliche Behandlung der kollektivrechtlichen Instrumente ist der Zweck des betrieblichen Sozialplans, nämlich der Nachteilsausgleich allein für die Arbeitnehmerseite.⁹⁰ Der Tarifsozialplan unterliegt hingegen als Ausdruck der Tarifautonomie weiter gefassten Gestaltungs- und Auslegungsregeln und muss sich insbesondere nicht am betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz messen lassen. Ferner liegt bei einer solchen Prämie weder ein Verstoß gegen das Maßregelverbot aus § 612 a Bürgerliches Gesetzbuch⁹¹ noch gegen Art. 3 I Grundgesetz vor. Die Tarifparteien brauchen „nicht die zweckmäßigste, vernünftigste und gerechteste Lösung“⁹² zu finden; dies ist ausgehend von der materiellen Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages auch gerichtlich nicht überprüfbar.⁹³

BAG, Urteil vom 03.05.2006 - 4 AZR 189/05, NZA 2006, S. 1420ff.

⁸⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 31.05.2005 - 1 AZR 254/04, NZA 2005, S. 997.

⁸⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 31.05.2005 - 1 AZR 254/04 NZA 2005, S. 999.

⁸⁸ Vgl. Ohne Verfasser, NJW-Spezial 2005, S. 421.

⁸⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 03.05.2006 - 4 AZR 189/05, NZA 2006, S. 1420.

⁹⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 14.08.2001 - 1 AZR 760/00, NZA 2002, S. 452.

⁹¹ Vgl. BAG, Urteil vom 06.12.2006 - 4 AZR 798/05, NZA 2007, S. 824.

⁹² BAG, Urteil vom 06.12.2006 - 4 AZR 798/05, NZA 2007, S. 823.

⁹³ Vgl. Reim/Nebe in Däubler, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 151.

Zwischenfazit

Die Abdingbarkeit des Bestandsschutzes ist für die Parteien des Arbeitsvertrages wie auch für die Tarif- und Betriebspartner stark beschränkt. Im Voraus scheidet ein Verzicht oder eine Verringerung des Kündigungsschutzes generell aus, obgleich gerade eine solche Vereinbarung dem Arbeitgeber die gewünschte Planungssicherheit geben könnte.

Weitere Spannungsreduktion durch Flexicurity

Aus den dargestellten Instrumenten ergeben sich Spannungsverhältnisse zwischen den arbeitsmarktpolitischen Akteuren. Die Flexicurity-Strategie versucht, Gegensätzliches in Einklang zu bringen.

Interessenlage und systemimmanente Spannungen

Ein starker Flexibilisierungsdrang hinsichtlich seiner unternehmerischen Entscheidungen dominiert die Interessenlage des Arbeitgebers, wobei damit unmittelbar das Interesse an Planungssicherheit sowie an Kosten- und Risikoabbau verknüpft ist. Für den Arbeitnehmer liegt hingegen regelmäßig ein Sicherheitsinteresse hinsichtlich des Fortbestandes seines Arbeitsverhältnisses obenauf. Erweitert man den zu betrachtenden Personenkreis, so bilden die Arbeitslosen eine eigenständige Gruppe. Ihr Interesse ist neben einer finanziellen Absicherung gerichtet auf eine schnelle (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt. Und schließlich verfolgt der Staat als Akteur eigene Interessen. Mit der Arbeitsmarktregulierung bemüht er sich in Erfüllung seiner Sozialstaatsanforderungen sowie bestimmter europarechtlicher Vorgaben um einen hohen Beschäftigungsstand und um die Herstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.

Gegenläufige Interessen verursachen Spannungen. So stehen sich der arbeitgeberseitige Flexibilisierungswunsch und das arbeitnehmerseitige Bestandsinteresse konträr gegenüber und erscheinen insoweit unvereinbar. Ebenfalls entsteht Spannung zwischen der Ausrichtung des Arbeitgebers auf Flexibilisierung und dem Interesse des Arbeitslosen

auf Wiedererhalt eines neuen Normalarbeitsverhältnisses. Verfolgt der Arbeitgeber nämlich eine klare Ausrichtung auf einen möglichst flexiblen Belegschaftsbestand, so liegt es nahe, zunehmend auf atypisch Beschäftigte zuzugreifen. Schließlich ist aber auch ein starkes Spannungsverhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitslosen festzustellen. Dieses fußt auf der privilegierten Rechtsposition des Arbeitnehmers im Normalarbeitsverhältnis. Sein Bestandsschutzinteresse und die entsprechende Regulierung tragen maßgeblich zu denjenigen personalpolitischen Entscheidungen des Arbeitgebers bei, die letztlich zu Lasten des Arbeitslosen gehen. Was folgt, ist eine zunehmende „Segmentierung des Arbeitsmarktes in Insider und Outsider“⁹⁴. Der Bestandsschutz zu Gunsten derer, die in einem Normalarbeitsverhältnis stehen, geht im Sinne eines „closed-shop-Prinzips“⁹⁵ letztlich auf Kosten jener, die ein solches suchen. Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz wirkt an dieser Stelle „als Abwehrbollwerk [...], das die Arbeitsplatzbesitzer vor der Usurpation ihrer Arbeitsplätze durch die Arbeitsuchenden schützt“⁹⁶.

Interessenausgleich durch Flexicurity?

Einen Ausgleich der zunächst unvereinbar erscheinenden Interessenspole versucht die europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik durch die Implementierung von **Flexicurity** in den Mitgliedstaaten zu erreichen. Flexicurity – begrifflich gebildet aus den Elementen „Flexibility“ und „Security“⁹⁷ – soll als arbeitsmarktpolitische Strategie zum Ausgleich zwischen den Anforderungen an eine flexible Arbeitswelt und den Ansprüchen auf soziale Sicherheit beitragen. Idealvorstellung und treibende Kraft ist dabei ein zu erreichender Mehrwert für alle arbeitsmarktpolitischen Akteure.

⁹⁴ Eichhorst/Thode, Wirtschaftsdienst 2/2003, S. 100.

⁹⁵ Berkowsky in Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 108, Rn. 28.

⁹⁶ Berkowsky in Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 108, Rn. 29.

⁹⁷ Vgl. Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm for labour Market Policy Reform?, S. 10.

Während Flexicurity in den 90er Jahren zunächst auf wissenschaftlicher Basis als Konzept für den niederländischen Arbeitsmarkt entwickelt und dort erstmals umgesetzt wurde,⁹⁸ gewann sie wenig später auch auf europäischer Ebene Bedeutung. So stellte sich im März 2000 ein Sondergipfel des Europäischen Rates dem „Quantensprung [...], der aus der Globalisierung und den Herausforderungen einer neuen wissenschaftsbasierten Wirtschaft resultiert“ und der „eine tiefgreifende Umgestaltung der europäischen Wirtschaft“ nach sich ziehen müsse.⁹⁹ Der damit in Gang gesetzte „Lissabon-Prozess“ formulierte für die kommenden zehn Jahre das strategische Ziel, „die Union zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissenschaftsbasierten Wirtschaftsraum in der Welt zu machen“¹⁰⁰. Im selben Jahr wurde die Europäische Sozialagenda verabschiedet, die unter den konkreten sozialpolitischen Zielen für den angestoßenen Prozess die „Herbeiführung eines neuen Gleichgewichts zwischen Flexibilität und Sicherheit in den Arbeitsbeziehungen“¹⁰¹ benannte. Im Jahr 2010 wurde der Lissabon-Prozess im Angesicht der überstandenen Finanz- und Wirtschaftskrise abgelöst durch die Strategie „Europa 2020“, die eine Vision der europäischen sozialen Marktwirtschaft des 21. Jahrhunderts skizziert.¹⁰² Von Priorität sei intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, um unter anderem eine Beschäftigungsquote von 75 Prozent und eine dauerhafte Finanzierbarkeit der nationalen Sozialsysteme zu erzielen. Eine „Schlüsselrolle komm[e] dabei der Umsetzung der Flexicurity-Grundsätze“¹⁰³ zu, wobei die Mitgliedstaaten aufgefordert sind, dies auf nationale Ebene zu übertragen, „um die Segmentierung des Arbeitsmarktes abzubauen und Übergänge sowie Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben zu erleichtern“¹⁰⁴.

⁹⁸ Grundlegend Wilthagen, Flexicurity: A New Paradigm for labour Market Policy Reform?

⁹⁹ Europäischer Rat, 23. und 24. März 2000 Lissabon, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, I.1.).

¹⁰⁰ Europäischer Rat, 23. und 24. März 2000 Lissabon, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, I.5.).

¹⁰¹ Rat der Europäischen Union, Europäische Sozialagenda, Nr. 32.

¹⁰² Europäische Kommission, Europa 2020, KOM(2010) 2020.

¹⁰³ Europäische Kommission, Europa 2020, KOM(2010) 2020, S. 22.

¹⁰⁴ Europäische Kommission, Europa 2020, KOM(2010) 2020, S. 23.

Inhaltlich zielt Flexicurity außer auf eine Reihe weiterer Gesichtspunkte¹⁰⁵ auf die Mobilisierung der Arbeitsmarktstrukturen unter gleichzeitiger Beibehaltung der Sozialstaatlichkeit. Dabei soll ein Äquivalent zur bisherigen Bestandsschutzausrichtung gefunden werden, das dennoch die Interessen aller beteiligten arbeitsmarktpolitischen Akteure in angemessener Weise zur Umsetzung bringt. Die Strategie geht davon aus, dass Arbeitnehmer eher zu Umbrüchen in ihrer Erwerbsbiographie bereit sind, wenn sie sich auf ein gutes Sicherheitsnetz verlassen können. Die Europäische Kommission gab dazu im Jahr 2007 das Ziel „Beschäftigungssicherheit“ anstelle von „Arbeitsplatzsicherheit“ aus¹⁰⁶ und begründete diese Neuorientierung damit, dass in Zeiten der Globalisierung „immer weniger Menschen das ganze Leben auf derselben Arbeitsstelle bleiben“¹⁰⁷.

Einzelne Aspekte zur Umsetzung der Flexicurity-Strategie finden sich in der deutschen Rechtsordnung bereits in bestimmten arbeits- und sozialrechtlichen Instrumenten und deren tatsächlicher Anwendung, wobei der Flexibilitätsaspekt vor allem in den Formen der atypischen Beschäftigung Ausdruck findet, während Sicherheit weiterhin vor allem über hergebrachte Bestandsschutzkomponenten gewährt wird. Die Bundesregierung erließ ferner im Jahr 2012 ein Nationales Reformprogramm zur Flexicurity-Strategie.¹⁰⁸ Auf gesetzlicher Ebene erfolgte zuletzt die bereits angesprochene Reform der Arbeitsmarktinstrumente durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen auf dem Arbeitsmarkt.

Zwischenfazit

Die Akteure des Arbeitsmarktes verfolgen konträre Interessen. Das arbeitnehmerseitige Interesse an starkem Bestandsschutz steht dabei

¹⁰⁵ Vgl. hierzu Europäische Kommission, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit, KOM(2007) 359 endgültig.

¹⁰⁶ Europäische Kommission, KOM(2007) 359 endgültig, S. 3.

¹⁰⁷ Europäische Kommission, KOM(2007) 359 endgültig, S. 3.

¹⁰⁸ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Nationales Reformprogramm 2012.

nicht nur in Konkurrenz zum Flexibilisierungswunsch des Arbeitgebers, sondern verursacht zusätzlich ein Spannungsverhältnis zwischen beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitslosen (Insider/Outsider). Mit der Flexicurity-Strategie erteilt die Europäische Union ihren Mitgliedstaaten den Auftrag, in den nationalen Arbeitsmarktordnungen verstärkt Flexibilisierungs- und Sicherheitsinteressen in Einklang zu bringen. Damit sollen Spannungsverhältnisse reduziert werden, und es soll letztlich wirtschaftlicher Mehrwert geschaffen werden.

Reformoptionen

Greift man vor dem Hintergrund der fortschreitenden Globalisierung das europäische Bestreben nach mehr Flexicurity auf, so rechtfertigt sich auch auf nationaler Ebene ein Überdenken der „sozialen Anschauungen unserer Zeit“, die der Gesetzgeber zu Beginn der 50er Jahre den Wertungen des Kündigungsschutzgesetzes zugrunde gelegt hat. Das seither nahezu unveränderte Schwergewicht Bestandsschutz muss sich an einer Reihe alternativer Gestaltungsmöglichkeiten messen lassen.

Verfassungsrechtlicher Rahmen

Will man sich mit offenem Blick den Möglichkeiten zur stärkeren Umsetzung des Flexicurity-Prinzips in der deutschen Arbeitsmarktordnung annähern, so sind zunächst die **Maximalpositionen** abzustecken. Arbeits- und sozialrechtliche Mindestanforderungen ergeben sich aus dem Verfassungsrecht, und sie geben den Rahmen vor, in dem sich Regulierungsinstrumente bewegen können.¹⁰⁹

Dass der Staat überhaupt für ein Mindestmaß an arbeitsrechtlichen Strukturen sorgen muss, hat das BVerfG im Jahr 1998 in seinem Beschluss zur Kleinbetriebsklausel unter Bezugnahme auf Art. 12 I Grundgesetz klargestellt. Zwar könne dem Einzelnen weder eine Bestandsgarantie noch unmittelbarer Schutz vor Kündigungen gewährt werden, jedoch werde der Staat mit den bestehenden Kündigungsschutzvorschriften der

¹⁰⁹ Vgl. Kamanabrou, RdA 2004, S. 333ff.

Erfüllung seiner Schutzpflichten aus diesem Grundrecht gerecht.¹¹⁰ Mit Lindner ist indes die Sichtweise zu erweitern.¹¹¹ Dieser stützt sich bei der Frage nach dem „Ob“ des Kündigungsschutzes nicht auf grundrechtliche Schutzpflichten, sondern vielmehr auf das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 I Grundgesetz. Danach sei es Aufgabe des Gesetzgebers, für eine soziale Arbeitsrechtsordnung zu sorgen. Ferner biete diese Verankerung die Grundlage nicht nur für Kündigungsschutz, sondern unmittelbar auch für die Interessen der Arbeitssuchenden an der Gestaltung der Arbeitsrechtsordnung und am Entstehen neuer Arbeitsplätze.¹¹² Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Basis steht fest: Jedenfalls ein Mindestschutz vor willkürlichen und diskriminierenden Kündigungen ist zu gewährleisten.¹¹³

Ebenfalls im Sozialstaatsprinzip verankert sind die oben genannten sozialrechtlichen Instrumente aus dem Recht der Arbeitslosenversicherung (Sozialgesetzbuch III). Auch hier ist der Spielraum des Gesetzgebers weit, denn aus der Sozialstaatlichkeit lassen sich weder ein Recht auf Existenz einer solchen Versicherung noch auf Teilhabe daran noch auf einen bestimmten Leistungskatalog oder ein bestimmtes Leistungsausmaß ableiten.¹¹⁴ Lediglich müssen „*Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein*“¹¹⁵ sichergestellt werden.

Systemübergreifende Betrachtung

Relevant für das Ausloten denkbarer Flexicurity-Maßnahmen ist ein systemübergreifender Blick, mit dem zum einen die arbeits- und sozialrechtlichen **Instrumente im Zusammenhang** betrachtet werden, zum anderen die strikte phasenbezogene Wirkungsweise der Instrumente überwunden wird. Denn eine isolierte Betrachtung der Instrumente

¹¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 - 1 BvL 15-87, NJW 1998, S. 1475.

¹¹¹ Lindner, RdA 2005, S. 166ff.

¹¹² Lindner, RdA 2005, S. 170.

¹¹³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 - 1 BvL 15-87, NJW 1998, S. 1475; Lindner, RdA 2005, S. 170.

¹¹⁴ Vgl. Papier in von Maydell/Ruland/Becker, Sozialrechtshandbuch, § 3, Rn. 85.

¹¹⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.06.1975 - 1 BvL 4/74, NJW 1975, S. 1692.

und Wirkungsphasen befördert Flexicurity nicht. So können innerhalb der Rechtsbereiche allein arbeitsrechtliche Modifikationen zwar zu mehr Flexibilität führen, nicht aber werden sie den vorhandenen Sicherheitsinteressen gerecht. Umgekehrt können Veränderungen allein im Sozialrecht die finanzielle Sicherung der Arbeitnehmer fördern und auch verstärkte Impulse setzen, nicht aber werden sie flexibilisierend auf die Beschäftigungsphase einwirken. Dementsprechend wird auch eine Modifikation nur in der Beschäftigungs-, Erwerbslosen- oder Mobilisierungsphase den angestrebten Interessenausgleich nicht herbeiführen.

Veränderungen beim Bestandsschutz:

weniger unmittelbar, mehr mittelbar

Dreht man die Schraube der Veränderung zunächst am arbeitsrechtlichen Bestandsschutz, so stellt sich die Frage der Intensität seines Abbaus. Würde man die verfassungsrechtlichen Grenzen voll ausschöpfen und einen extremen Rückbau des Kündigungsschutzes auf die Mindeststandards vornehmen, so näherte man sich dem nochmals deutlich liberaleren US-amerikanischen System des „*employment at will*“¹¹⁶ an. Die USA kennen keinen gesetzlichen Kündigungsschutz nach unserem Verständnis. Vielmehr sind Kündigungen regelmäßig ohne Frist und Grund wirksam, es sei denn, sie verstoßen gegen spezielle Rechtsgrundsätze oder wirken diskriminierend.¹¹⁷ Auch Kollektivverträge können das Prinzip des „hire and fire“ einschränken.¹¹⁸ In jedem Fall aber kann prozessual ausschließlich eine Abfindung erreicht werden; eine Klage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses würde den stark liberalistischen Rechtstraditionen der USA widersprechen.¹¹⁹ Zwar erhalten Arbeitgeber in diesem rechtlichen Rahmen maximale Flexibilität. Es fehlt aber jegliches soziale Gegengewicht, was mit unserem traditionell sozialstaatlichen Verständnis der Arbeitsrechtsordnung nicht vereinbar ist. Insofern scheidet eine solch starke Anlehnung an dieses System aus.

¹¹⁶ Vgl. Kittner/Kohler, BB 13/2005, S. 3ff.; Jahn, Industrielle Beziehungen 3/2004, S. 177ff.

¹¹⁷ Vgl. Kittner/Kohler, BB 13/2005, S. 6ff.; Jahn, Industrielle Beziehungen 3/2004, S. 190ff.

¹¹⁸ Vgl. Müller-Lukoschek, Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht der USA, S. 25.

¹¹⁹ Vgl. Müller-Lukoschek, Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht der USA, S. 37f.

In Betracht kommt vielmehr ein gemäßigter Abbau bestandsschützender Elemente, konkret eine zumindest teilweise Ersetzung des Bestandsschutzes durch einen **weiter gehenden Abfindungsschutz**. Wie bereits aufgezeigt ist ein Abfindungsschutz dem deutschen Arbeitsrecht schon unter historischen Gesichtspunkten keineswegs fremd, wenngleich im Betriebsrätegesetz von 1920 allein dem Arbeitgeber ein Wahlrecht zwischen Abfindung oder Weiterbeschäftigung gegeben wurde. Auch heute besteht Abfindungsschutz im Kündigungsschutzverfahren leitender Angestellter nach § 14 II 2 Kündigungsschutzgesetz. Das Wahlrecht liegt hier ebenfalls allein beim Arbeitgeber, was durch die Erschütterung der „*herausgehobenen Vertrauensstellung*“¹²⁰ des leitenden Angestellten gerechtfertigt wird.

Möchte man die Abfindungsoption in die Breite des Kündigungsschutzrechts integrieren – was jedenfalls den Empfehlungen der OECD für die Zukunftsfähigkeit des deutschen Arbeitsmarktes entspricht¹²¹ –, braucht es eine gesetzliche Verankerung oder aber eine entsprechende Vereinbarung der Parteien als Rechtsgrundlage. Per Gesetz ließe sich eine allgemein gültige Lösung schaffen. Der Gesetzgeber könnte im Wege einer Gesetzesänderung den bestehenden Bestandsschutz jedenfalls in bestimmten Fällen durch Abfindungsschutz ablösen. Um aber den jeweiligen wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie branchenspezifischen und betrieblichen Eigenheiten gerecht zu werden, sind möglichst maßgeschneiderte Lösungen zu bevorzugen. Hierfür ist es erforderlich, den bislang als nicht dispositiv gewerteten Bestandsschutz über die jetzigen Möglichkeiten hinaus in die Verhandlungsfreiheit der Parteien zu stellen. Nur dann lässt sich nämlich der Abfindungsschutz schon im Voraus vereinbaren, und der Arbeitgeber erhält sowohl mehr gewünschte Flexibilität als auch den Zugewinn der echten Planungssicherheit.

Dispositionen über den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz können **individual- oder kollektivvertraglich** getroffen werden. Was

¹²⁰ Vogel, NZA 2002, S. 318.

¹²¹ Vgl. beispielhaft OECD Policy Brief, Wirtschaftsbericht Deutschland 2010, S. 5.

interessengerecht ist, hängt dabei vom Einzelfall ab. Ein großer Anteil der Arbeitnehmer – insbesondere all jene, die aus dem Blickwinkel des Arbeitgebers ersetzbar sind – wird nicht in der Lage sein, auf Augenhöhe mit dem Arbeitgeber über Abfindungsansprüche für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln. Dagegen spricht das deutliche Machtgefälle gerade bei Abschluss eines Arbeitsvertrages, aber auch mangelndes Verhandlungsgeschick und fehlende Weitsicht auf tatsächliche Risiken der Arbeitsmarktentwicklung. Sinn macht es daher, das Recht, vom Bestandsschutz abzuweichen, vordringlich als Auftrag in die Hände der Betriebs- und Sozialpartner zu legen. Ihnen obliegt die Interessenvertretung losgelöst vom einzelnen Arbeitsverhältnis; sie sind mit der nötigen Macht ausgestattet, um dem Gegenüber auf Augenhöhe zu begegnen. Hinsichtlich der Abweichung vom Bestandsschutz müsste den Kollektivparteien eine neue Rolle zugewiesen werden, welche diese offen und bereitwillig annehmen sollten.

Verändert man den unmittelbaren Bestandsschutz in diese Richtung, so ist von einer **Entlastung der Beschäftigungsphase** auszugehen. Zugleich wird die Attraktivität des Normalarbeitsverhältnisses gestärkt, denn um mit mehr Flexibilität und Planungssicherheit agieren zu können, ist kein Ausweichen auf atypische Beschäftigungsverhältnisse erforderlich. Um dennoch die Interessen der Arbeitnehmerseite angemessen auszubalancieren und damit Flexicurity umzusetzen, ist es nötig, in Ergänzung zum Abfindungsschutz nunmehr den **mittelbaren Bestandsschutz aufzuwerten**.

So lassen sich außerhalb der hergebrachten arbeitsrechtlichen Strukturen bestandsschützende Elemente in anderen Regulierungsinstrumenten, konkret im Recht der Arbeitslosenversicherung, verankern. Wie dies umgesetzt werden könnte, zeigen eine bereits diskutierte politische Idee und auch der Blick in eine andere Rechtsordnung: So ließe sich das Beitragssystem der Arbeitslosenversicherung in ein **Bonus- oder auch Malus-System** umgestalten. Je nachdem, wie extensiv ein Arbeitgeber von betriebsbedingten Kündigungen Gebrauch macht, würde sich dies in der Höhe der von ihm zu zahlenden Arbeitgeberbeiträge zur

Arbeitslosenversicherung widerspiegeln. Damit würde er von nicht unbedingt erforderlichen Kündigungen abgehalten und erhielte sogar einen Anreiz für Ausbau oder Erhalt des Belegschaftsbestandes. Die „Kommission für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ (sog. Hartz-Kommission) sah im Jahr 2002 in ihren Reformvorschlägen, dem sog. Hartz-Konzept, einen ebensolchen „*Bonus für Unternehmen, die Beschäftigung sichern und schaffen*“¹²², vor. Arbeitgeber mit positiver Beschäftigungsbilanz oder jedenfalls gleichbleibender Arbeitnehmerzahl sollten demnach mit niedrigeren Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung belohnt werden. Vorgesehen waren gestaffelte Boni, je nach Ausbau oder Erhalt des Belegschaftsbestandes.¹²³ Entgegen der vorherigen politischen Ankündigung, alle Vorschläge der Kommission „*eins zu eins*“¹²⁴ umzusetzen, unterblieb jedoch die Verwirklichung eines solchen Bonussystems.¹²⁵ In eine ähnliche Richtung geht die Lösung, die einzelne Bundesstaaten der USA als Gegengewicht zur dortigen Kündigungsfreiheit gefunden haben. Nicht ein Bonus, sondern ein Malus bei den Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung ist hier das Mittel der Wahl, das als „*experience rating*“ bezeichnet wird. Dabei wird der Beitrag des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Negativveränderungen seines Personalbestandes bemessen. Die Beitragsberechnung erfolgt anhand von Jahressalden auf Guthabekonten eines jeden Arbeitgebers, wobei Negativabweichungen zu künftigen finanziellen Mehrbelastungen führen.¹²⁶ Das Entlassungsverhalten der Arbeitgeber wird dabei ähnlich den Schadensfreiheitsklassen in der Kfz-Haftpflichtversicherung behandelt, indem es die Beitragshöhe von der Häufigkeit des Schadenseintritts abhängig macht. Zugleich wird eine übermäßige Risikoverlagerung auf das Solidarsystem verhin-

¹²² Hartz/Bensel/Fiedler u. a., *Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, S. 143.

¹²³ Hartz/Bensel/Fiedler u. a., *Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, S. 144.

¹²⁴ Ohne Verfasser, *Schröder will Hartz-Konzept bei Wiederwahl eins zu eins umsetzen*, *Deutsche Welle* vom 16.08.2002.

¹²⁵ Vgl. Ohne Verfasser, *Reformbilanz: Hartz „eins zu eins“ umgesetzt?*, *www.stern.de* vom 01.09.2004.

¹²⁶ Vgl. Schneider/Hagedorn/Kaul/Mennel (Bertelsmann Stiftung), *Reform der Arbeitslosenversicherung. Benchmarking Deutschland Aktuell*, S. 29ff.; Graser, *ZIAS* 1999, S. 49ff.

dert.¹²⁷ Ein „*speziell bestandsschützende[r] Effekt*“¹²⁸ ergibt sich daraus, dass Neueinstellungen den Beitrags-Malus für Entlassungen nicht vollständig kompensieren, was auch den besonderen Erfolg des experience rating bei der Verhinderung temporärer Entlassungen erklärt.¹²⁹ Kündigungen und spätere Neueinstellungen zur Überbrückung saisonaler Schwankungen wird sich ein Arbeitgeber mit Blick auf den Negativsaldo besonders gut überlegen.

Schließlich lässt sich in speziellen Konstellationen mittelbarer Bestandschutz auch durch **finanzielle Beteiligung** der Arbeitgeber am Arbeitslosengeld entlassener Arbeitnehmer erreichen. Dies sah bis zum Jahr 2006 § 147 a Sozialgesetzbuch III für ältere Arbeitnehmer vor. Hatten sie bei Kündigung das 55. Lebensjahr vollendet und waren weitere Voraussetzungen erfüllt, so hatte der Arbeitgeber in der Folge das Arbeitslosengeld an die Agentur für Arbeit zu erstatten. Damit sollte mit Nachdruck der Entlassung dieser Arbeitnehmer und letztlich einer Art Frühverrentung auf Kosten des Solidarsystems entgegengesteuert werden.¹³⁰ Die Wiederaufnahme auch dieser Komponente in das Gesetz ließe sich für bestimmte Fallgruppen ebenfalls in Betracht ziehen.

Interessenausgleich außerhalb der Bestandsschutzstrukturen

Blickt man in die österreichische Arbeitsmarktordnung, so lässt sich mit der „**Abfertigung neu**“ ein weiteres System finden, das im Hinblick auf die Übergänge im Arbeitsleben höhere Planungssicherheit des Arbeitgebers mit finanzieller Absicherung des Arbeitnehmers vereint. Das Rechtsinstitut muss im Kontext des österreichischen Arbeitsrechts betrachtet werden, das vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit¹³¹ dominiert wird und das die finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers über das Interesse an seiner Betriebszugehörigkeit stellt. Eine Anfechtung der Kündigung

¹²⁷ Vgl. Walwei, *WISO Diskurs* November 2009, S. 18.

¹²⁸ Graser, *MaxPlanckForschung* 3/2004, S. 56.

¹²⁹ Schneider/Hagedorn/Kaul/Mennel (Bertelsmann Stiftung), *Reform der Arbeitslosenversicherung. Benchmarking Deutschland Aktuell*, S. 35.

¹³⁰ Vgl. zur alten Rechtslage Müller-Roden/Hackelsberger, *NZA* 1990, S. 639ff.

¹³¹ Marhold/Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*, S. 299.

kommt dort nur unter engen Voraussetzungen in Betracht: So hängt die Sozialwidrigkeit einer Kündigung von der Geltendmachung erheblicher finanzieller Einbußen des Arbeitnehmers ab.¹³² Auch eine Sozialauswahl findet nur auf Antrag und bei konkreter Darlegung der Auswahlkriterien statt.¹³³ Ebenfalls ist das prozessuale Vorgehen regelmäßig abhängig vom vorherigen Verhalten des Betriebsrats.¹³⁴ Bis 2002 hatten in Österreich Arbeitnehmer mit mehr als dreijähriger Betriebszugehörigkeit bei Kündigung durch den Arbeitgeber Anspruch auf eine finanzielle Abfertigung. Diese war als gesetzlich vorgesehene Form des Entgelts zu verstehen,¹³⁵ das im Wesentlichen als Überbrückungshilfe für die Zeit der Arbeitslosigkeit diente.¹³⁶ 2003 wurde der Abfertigungsanspruch auf Grundlage eines breiten politischen wie auch gesellschaftlichen Konsenses umgestaltet.¹³⁷ Nunmehr ist er grundsätzlich unabhängig von der Dauer der Betriebszugehörigkeit wie auch von der Art der Beschäftigungsbeendigung. Vielmehr erwirbt jeder Arbeitnehmer ab dem zweiten Monat der Beschäftigung Abfertigungsansprüche, für die der Arbeitgeber monatliche Beiträge in Höhe von 1,53 Prozent des monatlichen Entgelts an eigens geschaffene Abfertigungskassen zahlt, die die Gelder auf dem Kapitalmarkt anlegt. Für den Arbeitgeber bedeutet dies finanzielle Planbarkeit und Entlastung von hohen Einzelabfertigungen, während der Arbeitnehmer Kapital anspart. Bei einer Arbeitgeberkündigung kann er sich sogar entscheiden, ob er sich den angesparten Betrag auszahlen lässt oder ob er ihn zum nächsten Arbeitgeber „nach dem Rucksackprinzip“¹³⁸ mitnimmt. Spart ein Arbeitnehmer auf diese Weise sein ganzes Arbeitsleben lang die Abfertigung an und überträgt sie in eine Pensionszusatzversicherung, so wird dies durch Steuerfreiheit der Auszahlungsbeträge als zusätzliche Säule der Altersversorgung gefördert.¹³⁹

¹³² Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 311.

¹³³ Sog. Sozialvergleich, vgl. Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 318.

¹³⁴ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 301ff.

¹³⁵ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 142.

¹³⁶ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 143.

¹³⁷ Vgl. Ohne Verfasser, Abfertigung neu, Reaktionen: Alle (fast) glücklich, www.derstandard.at vom 14.05.2002.

¹³⁸ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 154.

¹³⁹ Kristen/Pinggera/Schön, RdW 2002, S. 391.

Verändertes Profil der Arbeitslosenversicherung

Schließlich kann die Arbeitslosenversicherung selbst als Ausgangspunkt für Systemveränderungen dienen. Im Sinne einer maximalen Veränderung lässt sich die komplette Abschaffung der Arbeitslosenversicherung diskutieren. So sieht es die von der Handelskammer Hamburg entworfene Idee des „**Hamburger Dreisprungs**“ vor, wobei damit zusätzlich ein nahezu vollständiger Abbau des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes einhergehen soll.¹⁴⁰ Anstelle des Arbeitslosengeldes wäre der Arbeitslose durch eine vollständige und vergleichbar lange Entgeltfortzahlung nebst Zahlung der anteiligen Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber abgesichert. Die Idee verspricht bei aller Radikalität ein deutliches Absinken der Sozialversicherungsbeiträge und zugleich erhebliche unternehmerische Flexibilität. Insgesamt soll starkes Wachstum auf dem Arbeitsmarkt entstehen, das die Befürchtung von Nachteilen für den Arbeitnehmer ausräumen soll. Dennoch bleibt im Sinne der Flexicurity-Strategie die Frage nach einem sozialen Ausgleich offen. Jegliches Bestandsschutzelement wäre mit dem Hamburger Dreisprung aufgegeben.

Mit Schmid ist vielmehr der Wandel der Arbeitslosenversicherung hin zu einer **Beschäftigungsversicherung** zu bedenken. Ausgehend von einer zunehmenden Beschleunigung und auch Komplizierung der Übergänge am Arbeitsmarkt¹⁴¹ und im Verständnis der Arbeitsmarktpolitik als „*soziale Risikopolitik*“¹⁴² würde das Leistungsprofil der Arbeitslosenversicherung in besonderem Maße den vielfachen Übergängen und den sich daraus ergebenden Notwendigkeiten in modernen Erwerbsbiographien angepasst. Neben einer differenzierten finanziellen Ausstattung sieht das Konzept eine „*lebenslauforientierte Arbeitsmarktpolitik*“¹⁴³ vor, die über die jetzige aktive Arbeitsförderung hinaus die Risiken des Arbeitslebens absichern soll. Schmid sieht hierfür sog. „*Persönliche Entwicklungskonten*“

¹⁴⁰ Vgl. Handelskammer Hamburg, Mehr Markt für den Arbeitsmarkt. Mit dem Dreisprung zu mehr Beschäftigung.

¹⁴¹ Schmid, WISO Diskurs 2008, S. 6.

¹⁴² Schmid, WISO Diskurs 2008, S. 30.

¹⁴³ Schmid, WISO Diskurs 2008, S. 32.

als Ergänzung zu den bisherigen Leistungen der bisherigen aktiven Arbeitsmarktpolitik vor. Angefüllt mit einem Beitragsanteil und Steuermitteln könnten die Konten den Arbeitslosen in gewisser Eigenverantwortung zur Verfügung stehen, um innovative Risiken in ihrer Erwerbsbiographie abzufedern. Selbstbestimmt könnten die Betroffenen über die Mittel dann verfügen, wenn sie sie im Laufe ihres Arbeitslebens am nötigsten haben.¹⁴⁴ Das Potpourri der Unterstützungsleistungen umfasst dabei unter anderem Weiterbildungsmaßnahmen, Lohnzuschussleistungen, Umzugskosten, zugleich aber auch berufliche Sabbaticals und Familienzeiten.¹⁴⁵ Angesichts der gestärkten Eigenverantwortung ist eine besondere Motivation der Betroffenen bei der Umsetzung der Fördermaßnahmen zu erwarten.¹⁴⁶

Das Modell der Beschäftigungsversicherung zielt in die Richtung des ausgeprägtesten Flexicurity-Systems, das in anderen Rechtsordnungen zu finden ist, nämlich im **Arbeitsmarktsystem Dänemarks**. Dort gelingt es bei geringem Kündigungsschutz in besonders effektiver Weise, „hohe Mobilität zwischen den Arbeitsplätzen mit einem ausgedehnten sozialen Sicherungsnetz für die Arbeitslosen und einer aktiven Arbeitsmarktpolitik“¹⁴⁷ zu kombinieren. Zwar ist die Arbeitslosenversicherung in Dänemark auf freiwilliger Basis ausgestaltet. Unabhängig von etwaigen Versicherungsleistungen können sich die Arbeitnehmer aber auf ein dichtes Netz an steuerfinanzierten Unterstützungsleistungen verlassen. Hohe Lohnersatzleistungen gehen mit ausgeprägten Mobilisierungs- und Weiterbildungsmaßnahmen einher.¹⁴⁸ Der Staat entlastet die Arbeitgeber damit im Hinblick auf ihre Lohnkosten, so dass sie vor Neueinstellungen nicht zurückschrecken müssen. Zugleich wird der Verlust eines Arbeitsplatzes durch eine schnelle Rückführung in den Arbeitsmarkt ausgeglichen.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Schmid, Gute Arbeit im flexiblen Kapitalismus, S. 17.

¹⁴⁵ Schuster, Die Beschäftigungsversicherung, S. 22.

¹⁴⁶ Schmid, Gute Arbeit im flexiblen Kapitalismus, S. 19.

¹⁴⁷ Madsen, Dänemark – Arbeitsmarktinstitutionen und Beschäftigungsergebnisse, S. 97.

¹⁴⁸ Vgl. Braun, WSI Mitteilungen 2/2003, S. 92-99; Ohne Verfasser, Wo Hartz IV noch lernen kann: Dänemark „fordert und fördert“, BöcklerImpuls 2/2005, S. 7.

¹⁴⁹ Madsen, Dänemark – Arbeitsmarktinstitutionen und Beschäftigungsergebnisse, S. 99.

Wenngleich der dänische Wohlfahrtsstaat in Tradition und Ausgestaltung nur bedingt mit dem deutschen Sozialstaat vergleichbar ist,¹⁵⁰ so kann er doch Vorbild für das Gelingen von Beschäftigungssicherheit anstelle von Arbeitsplatzsicherheit sein.

Fazit und Ausblick

Das Spektrum der arbeitsmarktpolitischen Instrumente ist in seiner Zielrichtung auf Bestandsschutz verdichtet. Die Grundlagen hierfür entstammen der Nachkriegszeit, die weder den europäischen Einigungsprozess noch die fortschreitende Globalisierung, weder den Wandel zur Wissensgesellschaft noch die enorme Technologisierung unserer Zeit kannte. Das allein soll nicht Rechtfertigung zur Beschneidung wertvoller, gewachsener Rechtspositionen sein. Jedoch dürfen die massiven Veränderungen der Arbeitswelt – der oben bezeichnete Quantensprung – Anlass sein, die zur Auswahl stehenden Instrumente auf den Prüfstand zu stellen. Europa gibt uns mit seiner Flexicurity-Strategie auf, ebendies zu tun, und unterstreicht zugleich die Bedeutung, soziale Errungenschaften nicht verloren gehen zu lassen, sondern diese vielmehr in veränderter Form in das Rechtssystem zu integrieren.

Gesteht man also den Arbeitgebern mehr Flexibilität zu, so muss man den Abbau des unmittelbaren Bestandsschutzes wagen. Dabei liegt es am Gesetzgeber, sich grundsätzlich für eine Stärkung des Abfindungsschutzes zu entscheiden. Zugleich müssen die Sozialpartner das Verhandeln über Abfindungsmodelle als echte Chance zur Mitgestaltung der modernen Arbeitswelt begreifen. Flexicurity fordert im Gegenzug eine soziale Abfederung. Hier empfiehlt sich mehr mittelbarer Bestandsschutz, abseits der Beschäftigungsphase integriert in die Regulierung der Erwerbslosenphase. Ein Bonus- oder Malus-System bei den Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung beeinflusst das Kündigungsverhalten von Arbeitgebern. Zusätzliche Belastungen des Arbeitgebers durch steigende

¹⁵⁰ Vgl. Schmid, Wohlfahrtsstaaten im Vergleich, S. 129ff. und 147ff.

Beiträge könnten gegebenenfalls antizyklisch abgefangen werden.¹⁵¹ Auch ein reformiertes Abfindungsmodell mit zusätzlichem Blick auf die Altersversorgung, angelehnt an die „Abfertigung neu“, vermag Flexibilität mit – jedenfalls finanzieller – Absicherung des Arbeitnehmers zu vereinen. Und schließlich hätte ein verringerter Bestandsschutz mit dem sozialen Gegengewicht einer echten Beschäftigungsversicherung den stärksten Reformcharakter, um Flexicurity auf dem deutschen Arbeitsmarkt nachhaltig zu verwirklichen. Die damit einhergehende Stärkung der Mobilisierungsphase trägt zusätzlich zur Beschäftigungssicherheit des Arbeitnehmers bei und befördert einen dynamischen Arbeitsmarkt.

Wenngleich das Gesamtsystem der Arbeitsmarktpolitik von einer Vielzahl weiterer Faktoren beeinflusst ist, so geben die Ausführungen doch einen Einblick in die Hintergründe der bestehenden Regulierung und das Spektrum des Möglichen. Zwar stehen politische Entscheidungsträger bei ihrem Handeln unter dem starken Druck gegenläufiger Interessen und des finanziell Machbaren. Dies soll jedoch einem offenen Dialog über Chancen und Möglichkeiten nicht im Wege stehen.

¹⁵¹ Vgl. Graser, ZRP 2002, S. 392.

Literatur

Ascheid Reiner/Preis Ulrich/Schmidt Ingrid (Hrsg.): Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012.

Benecke Martina: Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Tübingen 2004.

Bengelsdorf Peter: Der gesetzes- und verfassungswidrige Zugriff auf die arbeitsrechtliche Beendigungsfreiheit, NZA 1994, S. 193-200.

Bonanni Andrea/Naumann Eva: Konjunkturelle Kurzarbeit: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Voraussetzungen und Konsequenzen, DStR 2009, S. 1375-1379.

Braun Thorsten: Ein neues Modell für Flexicurity – der dänische Arbeitsmarkt, WSI Mitteilungen 2/2003, S. 92-99.

Brinkmann Ulrich/Dörre Klaus/Röbenack Silke u. a.: Prekäre Arbeit. Ursachen, Ausmaß, soziale Folgen und subjektive Verarbeitungsformen unsicherer Beschäftigungsverhältnisse, Gutachten der Abteilung Arbeit und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2006, <http://library.fes.de/pdf-files/asfo/03514.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Bundesagentur für Arbeit: Der Arbeitsmarkt in Deutschland. Strukturen der Arbeitslosigkeit. Nürnberg 2012, <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Berichte-Broschueren/Arbeitsmarkt/Generische-Publikationen/Strukturen-der-Arbeitslosigkeit-2012-05.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie: Nationales Reformprogramm 2012, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/nationales-reformprogramm-2012,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Däubler Wolfgang/Hjort Jens Peter/Schubert Michael/Wolmerath Martin: Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.

Däubler Wolfgang: Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.

Eichhorst Werner/Thode Eric: Arbeitsmarktreformen im Spannungsfeld zwischen Insidern und Outsidern, Wirtschaftsdienst 2/2003, S. 100-107.

Eichhorst Werner/Marx Paul/Thode Eric: Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit, Benchmarking Deutschland: Befristete und geringfügige Tätigkeiten, Zeitarbeit und Niedriglohnbeschäftigung, Bertelsmann Stiftung Gütersloh 2010, http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_31250_31251_2.pdf (besucht: 18.09.2013).

Etzel Gerhard/Bader Peter/Fischermeier Ernst (Hrsg.): KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl., Köln 2013.

Europäische Kommission: Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020, <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLETE%20%20DE%20SG-2010-80021-06-00-DE-TRA-00.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Europäische Kommission: Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit, KOM(2007) 359 endgültig, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0359:FIN:DE:PDF> (besucht: 18.09.2013).

Europäischer Rat: 23. und 24. März 2000 Lissabon, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm (besucht: 18.09.2013).

Gagel Alexander (Begr.)/Bieback Karl-Jürgen/Knickrehm Sabine (Hrsg.): SGB II/ SGB III. Grundsicherung und Arbeitsförderung. Kommentar. Stand: 47. EL, München Oktober 2012.

Graser Alexander: »Experience Rating« in der Arbeitslosenversicherung – Der US-amerikanische Sonderweg beim Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse, ZIAS 1999, S. 49-84.

Graser Alexander: Kündigungsschutz wird überbewertet. Ein Interview, geführt von Christian Mayer, Max-Planck-Forschung 3/2004, S. 54-57.

Graser Alexander: Sozialrechtlicher Kündigungsschutz, ZRP 9/2002, S. 391-393.

Handelskammer Hamburg (Hrsg.): Mehr Markt für den Arbeitsmarkt. Mit dem Dreisprung zu mehr Beschäftigung, Hamburg 2002, <http://www.hk24.de/linkableblob/369352/2./data/Arbeitsmarktpapier-data.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Hartz Peter/Bensel Norbert/Fiedler Jobst u. a.: Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt. Bericht der Kommission, Berlin 2002.

von Hoyningen-Huene Gerrick/Linck Rüdiger: Kündigungsschutzgesetz. Kommentar, 14. Aufl., München 2007.

Hromadka Wolfgang: Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, Referat in: Blank Michael (Hrsg.): Muss der Kündigungsschutz reformiert werden?, S. 11-21, Frankfurt/Main 2003.

Hueck Alfred: Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates, RdA 1949, S. 331-336.

Hueck Alfred: Der Hattenheimer Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1950, S. 65-67.

Hümmerich Klaus/Boecken Winfried/Düwell Franz Josef (Hrsg.): NomosKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.

Jahn Elke: Employment at Will Versus Employment Against Will – Kündigungsschutz in Deutschland und USA im Vergleich, Industrielle Beziehungen, 11. Jg., 3/2004, S. 177-202.

Kamanabrou Sudabeh: Verfassungsrechtliche Aspekte eines Abfindungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen, RdA 2004, S. 333-340.

Kellner Martin: Das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen auf dem Arbeitsmarkt – eine Herausforderung für die Jobcenter, NZS 2012, S. 652-656.

Kittner Michael/Kohler Thomas C.: Kündigungsschutz in Deutschland und den USA, BB 13/2000, S. 2-30.

Kreft Burghard: Kontinuität und Wandel beim Bestandschutz, NZA Beilage 2012, S. 58-66.

Kress Ulrike: Vom Normalarbeitsverhältnis zur Flexibilisierung des Arbeitsmarktes – Ein Literaturbericht, MittAB 3/98, S. 488-505.

Kristen Sabine/Pinggera Winfried/Schön Rosemarie: Abfertigung Neu: Überblick über die Neuregelungen durch das Betriebliche Mitarbeitervorsorgegesetz, RdW 2002, S. 386-391.

Lebedew Artur: Vollbeschäftigung für alle, sueddeutsche.de vom 03.01.2013, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cdu-im-wahlkampf-vollbeschaeftigung-fuer-alle-1.1563481> (besucht: 18.09.2013).

Lilienfeld Tatjana/Spellbrink Wolfgang: Für eine sperrzeitrechtliche Neubewertung des Abwicklungsvertrages im Lichte des § 1a Kündigungsschutzgesetz, RdA 2005, S. 88-97.

Lindner Franz Josef: Grundrechtsfestigkeit des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes?, RdA 2005, S. 166-170.

Madsen Per Kongshøj: Dänemark – Arbeitsmarktinstitutionen und Beschäftigungsergebnisse, in: Eichhorst Werner (Hrsg.): Wachstumsaspekte der Arbeitsmarktpolitik – Von den Nachbarn lernen. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, IZA Research Report No. 13, Bonn April 2007, S. 72-101, http://www.iza.org/en/webcontent/publications/reports/report_pdfs/iza_report_13.pdf (besucht: 18.09.2013).

Marhold Franz/Friedrich Michael: Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Wien 2012.

von Maydell Bernd/Ruland Franz/Becker Ulrich (Hrsg.): Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2008.

Maunz Theodor/Dürig Günter (Begr.): Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand: Mai 2011.

Medicus Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg u. a. 2010.

Möslein Florian: Dispositives Recht: Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011.

Mückenberger Ulrich: Der Wandel des Normalarbeitsverhältnisses unter Bedingungen einer „Krise der Normalität“, GMH 4/89, S. 211-223.

Müller Knut/Deeg Oliver: Kurzarbeitsklauseln in Arbeitsverträgen, ArbRAktuell 2010, S. 209.

Müller-Glöge Rudi/Preis Ulrich/Schmidt Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl., München 2011.

Müller-Lukoschek Jutta: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht der USA (unter besonderer Berücksichtigung des Individualarbeitsrechts), Berlin 1989.

Müller-Roden Helge/Hackelsberger Titus: Erstattungspflicht nach § 128 AFG, NZA 1990, S. 639-648.

Mutschler Bernd/Schmidt-De Caluwe Reimund/Coseriu Pablo: Sozialgesetzbuch III. Arbeitsförderung. 5. Aufl., Baden-Baden 2013.

Neuhausen Ludger: Der im Voraus erklärte Verzicht eines Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz, Frankfurt/Main 1993.

OECD: OECD Policy Brief, Wirtschaftsbericht Deutschland 2010, <http://www.oecd.org/germany/44863313.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Oetker Hartmut: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, Stuttgart, München, Hannover u. a. 1996.

Ohne Verfasser: Abfertigung neu. Reaktionen: Alle (fast) glücklich, derstandard.at vom 14.05.2002, <http://derstandard.at/951375> (besucht: 18.09.2013).

Ohne Verfasser: Schröder will Hartz-Konzept bei Wiederwahl eins zu eins umsetzen, Deutsche Welle vom 16.08.2002, <http://dw.de/p/2Z1k> (besucht: 18.09.2013).

Ohne Verfasser: Reformbilanz: Hartz „eins zu eins“ umgesetzt?, www.stern.de vom 01.09.2004, <http://www.stern.de/wirtschaft/geld/geldanlage/reformbilanz-hartz-eins-zu-eins-umgesetzt-529211.html> (besucht: 18.09.2013)

Ohne Verfasser: Wo Hartz IV noch lernen kann: Dänemark „fordert und fördert“, BöcklerImpuls 2/2005, S. 7.

Ohne Verfasser: Turboprämie – wer nicht klagt wird belohnt, NJW-Spezial 2005, S. 421/ „Praxisinweis“.

Panzer Andrea: Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, NJW 2010, S. 11-17.

Papier Hans-Jürgen: Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 1/2000, S. 1-7.

Pielow Johann-Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, München Stand 01.04.2013.

Preis Ulrich/Bender Wolfgang: Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, NZA 2005, S. 1323-1328.

Preis Ulrich: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, S. 65-81.

Rat der Europäischen Union: Europäische Sozialagenda, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/SocialAgenda_DE.pdf (besucht: 18.09.2013).

Schmid Josef: Wohlfahrtsstaaten im Vergleich. Soziale Sicherung in Europa: Organisation, Finanzierung, Leistungen und Probleme. 3. Aufl., Wiesbaden 2010.

Richardi Reinhard/Wißmann Hellmut/Wlotzke Otfried/Oetker Hartmut: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München 2009.

Rüthers Bernd: Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, S. 1601-1609.

Rüthers Bernd: Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?, NJW 2003, S. 546-552.

Schmid Günther: Von der Arbeitslosen- zur Beschäftigungsversicherung, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, WISO Diskurs 2008, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/05295.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Schmid Günther: Gute Arbeit im flexiblen Kapitalismus. Neue Herausforderungen an den Sozialstaat. Beitrag zum „Kapitalismuskongress“ des DGB am 14. und 15. Mai 2009 in Berlin, <http://www.guenterschmid.eu/pdf/vortraege/berlin-09.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Schmidt Reiner: Öffentliches Wirtschaftsrecht: Besonderer Teil 1, Berlin, Heidelberg, New York 1995.

Schneider Hilmar/Hagedorn Marcus/Kaul Ashok/Mennel Tim: Reform der Arbeitslosenversicherung. Benchmarking Deutschland Aktuell, Bertelsmann Stiftung Gütersloh 2004.

Schuster Joachim: Die Beschäftigungsversicherung, SPW 3/2005, S. 20-22.

Sendler Horst: Bestandsschutz im Wirtschaftsleben, WuV 1993, S. 236.

von Staudinger Julius (Begr.)/Beitzke Günther (Hrsg.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2010 (Zitierform: Staudinger).

Vogel Barbara: Allgemeine Gewerbefreiheit. Die Reformpolitik des preußischen Staatskanzlers Hardenberg (1810-1820), Göttingen 1983.

Vogel Jörg: Kündigungsschutz leitender Angestellter, NZA 2002, S. 313-318.

Voss Günther: Vollbeschäftigung ist keine Utopie, welt.de vom 22.07.2012, <http://www.welt.de/wirtschaft/article108356756/Vollbeschaeftigung-in-Deutschland-ist-keine-Utopie.html> (besucht: 18.09.2013).

Walwei Ulrich: Finanzkrise und Arbeitslosenversicherung: Wie weit soll und darf sozialer Schutz gehen?, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, WISO Diskurs November 2009, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/06755.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Wank Rolf: Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, RdA 2010, S. 193-207.

Wilhagen Ton: Flexicurity: A New Paradigm for labour Market Policy Reform?, discussion paper FS I 98-202, Wissenschaftszentrum Berlin 1998, <http://bibliothek.wz-berlin.de/pdf/1998/i98-202.pdf> (besucht: 18.09.2013).

Wingerter Christian: Atypische Beschäftigung: Arbeitsmarkt im Wandel, Wirtschaftsdienst 3/2012, S. 208-210.

Reformüberlegungen und Marktasymmetrie: Die Potentiale einer Abfindungslösung

Werner Eichhorst

Arbeitsmärkte – und davon ist auch der deutsche Arbeitsmarkt nicht ausgenommen – befinden sich permanent in Anpassungsprozessen. Diese Prozesse sind als Reaktion auf eine Vielzahl von unterschiedlichsten Einflüssen zu verstehen. Entsprechende Einflussfaktoren lassen sich oftmals innerhalb gesetzlicher Rahmenänderungen verorten, welche sich wiederum als Reaktion des Gesetzgebers auf sich ändernde Wettbewerbsbedingungen interpretieren lassen. Neben der Gesetzgebung sind wirtschaftliche und sozioökonomische Veränderungen als bedeutende Schrittmacher für Entwicklungen auf Arbeitsmärkten anzusehen. Für den deutschen Arbeitsmarkt lassen sich sowohl institutionelle als auch wirtschaftliche und sozioökonomische Entwicklungen benennen, deren Bedeutung für den Arbeitsmarkt nicht zu unterschätzen ist. Letztere spielen sich vorrangig aus einem Strukturwandel, mit einem Bedeutungszuwachs des Dienstleistungssektors, welcher sich tendenziell aus kleineren Unternehmen zusammensetzt. Aber auch andere gesellschaftliche Entwicklungen können starke Einflüsse auf den Arbeitsmarkt haben. Dies wird besonders bei der Betrachtung der steigenden Erwerbsbeteiligung von Frauen und der damit verbundenen Steigerung des Arbeitsangebotes deutlich. Institutionelle Veränderungen vollzogen sich in Deutschland in näherer Vergangenheit vor allem im Zuge der Agenda 2010, bei welcher sich Reformen auf die Deregulierung am Rand des Arbeitsmarktes bzw. auf die atypischen Formen der Beschäftigung konzentrierten.¹

Diese Entwicklungen haben einen starken Einfluss auf das Gefüge der Marktmacht beider Sozialpartner. Die etablierten Strategien der Gewerkschaften wurden sowohl durch institutionelle als auch durch sozioökonomische Entwicklungen vor enorme Herausforderungen gestellt. Der Bedeutungsgewinn des Dienstleistungssektors mit den entsprechend kleineren Unternehmen in Kombination mit einem Paradigma, welches die Privatisierung und Liberalisierung dieser Märkte forcierte, ging mit einem Machtverlust der verantwortlichen Gewerkschaften einher. Diese Entwicklungen wurden vor allem deshalb zum Problem, da sich die Verbindlichkeit der Tarifverträge in Deutschland nicht generell auf

¹ Vgl. Eichhorst, Marx, Thode 2010.

einen Sektor bezieht, sondern vielmehr Bestandteil einer freiwilligen Mitgliedschaft im Arbeitgeberbund ist. Die kleinteilige Struktur des Dienstleistungssektors erschwert eine Koordination sowohl innerhalb als auch zwischen den Gewerkschaften. Hierdurch wurde die Tarifbindung sukzessive geringer.² Einen ähnlichen Effekt kann auch der Agenda 2010 zugeschrieben werden. Die dadurch verursachte „Dualisierung“ des Arbeitsmarktes erschwert es Gewerkschaften, ihre Ziele durchzusetzen.³ Hier wird deutlich, dass bei der Betrachtung von arbeitsmarktpolitischen Entscheidungen die reine Betrachtung von quantitativen Entwicklungen oder Potentialen wie dem zweifelsohne gestiegenen Beschäftigungsniveau nicht ausreichend ist. Eine Betrachtung der Struktur des Arbeitsmarktes ist mindestens genauso wichtig, auch wenn das Normalarbeitsverhältnis weiterhin die mit Abstand am weitesten verbreitete Form der Beschäftigung darstellt.⁴

Als Antreiber von Veränderungen, die zu einer vielgestaltigen Flexibilisierung des Arbeitsmarktes geführt haben, kann zweifelsohne die Globalisierung von Wirtschaftsprozessen verstanden werden. Deutsche Unternehmen sahen sich mindestens seit den 1980er Jahren verstärkt internationalem Wettbewerb ausgesetzt, welcher den Kostendruck erhöhte. Die institutionelle Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse sollte dazu beitragen, die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen zu gewährleisten. Bei der Betrachtung der atypischen Beschäftigung und ihrer Entwicklung wird jedoch deutlich, dass Zuwächse sich nicht auf Arbeitsplätze beschränken, die in international agierenden Unternehmen zu verorten sind. Neben einer starken Zunahme bei Hilfsarbeitern, die einen großen Beschäftigungsanteil in der Zeitarbeitsbranche darstellen, die wiederum vermehrt von international agierenden Unternehmen genutzt wird, gibt es unter anderem auch starke Zuwächse bei verschiedenen Berufsgruppen im privaten Dienstleistungssektor, in denen hohe Anteile an atypischer und Niedriglohnbeschäftigung zu beobachten

² Vgl. Holtgrewe, Doellgast 2012.

³ Vgl. Shire, Jaarsveld 2008.

⁴ Siehe Abbildung 1.

sind.⁵ Dies kann mit institutionellen Veränderungen erklärt werden, die dazu dienen sollten, das notorische Defizit an Arbeitsplätzen im Dienstleistungsbereich hierzulande abzubauen. Reformen in diesem Bereich sollten vor allem dem Abbau der hohen (Langzeit-)Arbeitslosigkeit dienen.

Es wird hierbei auch deutlich, dass die Folgen von arbeitsmarktpolitischen Entscheidungen unter anderem Effekte haben, die nicht unbedingt beabsichtigt waren. Neben der Umsetzung von Flexibilisierungsmaßnahmen, die durch den Gesetzesgeber ermöglicht worden sind, haben sich auch innerbetriebliche Formen der Flexibilisierung etabliert. Dies gilt besonders für die Arbeitszeiten, die Durchdringung von Arbeit und Freizeit, geographische Unabhängigkeit der Arbeit wie z. B. durch Home-Office oder flexible Entgeltbestandteile. Allein durch die Vielfalt an Maßnahmen wird deutlich, mit welchem Interesse Unternehmen die Flexibilisierung der Arbeit verfolgen. Institutionelle Änderungen bezogen sich, wie bereits beschrieben, in der näheren Vergangenheit auf den Rand des Arbeitsmarktes. Reformüberlegungen bezüglich des Normalarbeitsverhältnisses sollten jedoch aufgrund ihrer Tragweite und dem damit verbundenen Potential nicht vernachlässigt werden. Kernbestandteil des Normalarbeitsverhältnisses ist die Unbefristetheit, die durch den Kündigungsschutz flankiert wird. Momentan sind in Deutschland rund 60 Prozent bzw. etwa 23,5 Mio. der Beschäftigten durch den Kündigungsschutz erfasst.⁶

Ökonomisch lässt sich eine Reform des Kündigungsschutzes, etwa in Form einer gesetzlich geregelten Abfindungsregelung, vor allem durch eine Reduktion der Rechtsunsicherheit und der damit verbundenen Kosten rechtfertigen. Diese soll sich jedoch nicht dadurch auszeichnen, dass sie zu Lasten der Arbeitnehmer vollzogen wird. Es geht vielmehr um den Abbau von Unsicherheiten für Unternehmen, welche durch den Bestandsschutz, wie er in seiner heutigen Form existiert, bestehen. Das

⁵ Siehe Abbildung 2.

⁶ Siehe Abbildung 3.

Kündigungsschutzgesetz zeichnet sich diesbezüglich durch einen großen Interpretationsspielraum aus.⁷ Die Zahlen bezüglich der Gesamtkosten des deutschen Kündigungsschutzes sind nicht eindeutig. Uneindeutigkeit existiert bereits bei der Schätzung der Klagehäufigkeit bzw. bei Angaben zum Anteil von Kündigungen, die rechtlich überprüft werden. Je nach Studie und Methodik liegt die Klagehäufigkeit zwischen 11 und 30 Prozent. Generell ist zu konstatieren, dass die Klagehäufigkeit als Indikator nur sehr eingeschränkt zu nutzen ist, um eine Kostenbewertung vorzunehmen. So können sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf einen Aufhebungsvertrag einigen, wodurch eine Kündigung vermieden wird. In der Regel wird hierbei eine Abfindung gezahlt. Diese Form der Vertragsbeendigung umfasst immerhin zehn Prozent aller Beendigungen von Beschäftigungsverhältnissen. Ein weiterer Aspekt, welcher sich einer deskriptiven Beobachtung entzieht, ist eine unterlassene Kündigung aufgrund der zu erwartenden Prozesskosten. In diesen Fällen bieten Unternehmen regelmäßig freiwillige Abfindungslösungen an. Kam es zu einer Kündigung, so wurden im Zeitraum zwischen 1991 und 2003 im Durchschnitt bei zwölf Prozent aller Kündigungen Abfindungen gezahlt. Bei einer Klage des Arbeitnehmers lag die Wahrscheinlichkeit, eine Abfindung zugesprochen zu bekommen, bei 47 Prozent.⁸

Kosten entstehen so zum einem aus dem hohen juristischen Beratungsbedarf. Um sich dieser Rechtsunsicherheit zu entledigen, haben Unternehmen jedoch ein Interesse, sich außergerichtlich zu einigen, wodurch Abfindungszahlungen überhöht sein können, um so einen kalkulierbaren Ausgang der Kündigung sicherzustellen. Die Aspekte im Kündigungsschutzgesetz, aus welchen Rechtsunsicherheit erwächst, sind unterschiedlich. Kündigungen müssen z. B. sozial gerechtfertigt sein. Konkret bedeutet dies, dass beispielsweise ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegen muss oder aber der wirtschaftlich bedingte Wegfall des Arbeitsplatzes, sofern eine Weiterbeschäftigung durch Versetzung

⁷ Vgl. Preis, Bender 2005.

⁸ Vgl. Eichhorst, Marx 2011.

ausgeschlossen ist. Gegen die Kündigung kann der Arbeitnehmer auf Weiterbeschäftigung klagen und so die Gründe gerichtlich überprüfen lassen. In der Praxis führt dies häufig zu Abfindungszahlungen. Die Höhe von Abfindungszahlungen in Deutschland unterliegt jedoch keiner gesetzlichen Vorgabe, wodurch sie nicht exakt zu kalkulieren ist. Neben den Kündigungsgründen führen gegenwärtig auch Unklarheiten bei der notwendigen Sozialauswahl, bei der Kriterien wie z. B. Alter oder Betriebszugehörigkeit zu prüfen sind, aber auch Verfahrensfehler zu einer Anfechtbarkeit von Kündigungen.⁹

Besteht ein Gesetzestext also aus allgemein gehaltenen Passagen, die einem Richter Interpretationsspielraum lassen, so sind Urteile, neben dem Sachverhalt, auch Resultat von ebendiesen Spielräumen, welche jeder Richter anders auslegen kann. Zu diesem Querschnittscharakter von Unsicherheit kommt jedoch noch ein zeitabhängiger Faktor hinzu, welcher die Unsicherheit abermals vergrößert. So gibt es Grund zur Annahme, dass die Entscheidungen von Richtern in Abhängigkeit zur Arbeitsmarktsituation stehen. Es besteht eine positive Korrelation zwischen dem Ausmaß an Arbeitslosigkeit in einer Volkswirtschaft und der Wahrscheinlichkeit, dass der Arbeitnehmer den Prozess für sich entscheidet. Somit müssen Unternehmen in konjunkturellen Phasen mit hoher Arbeitslosigkeit mit höheren Entlassungskosten rechnen als in Phasen mit geringerer Arbeitslosigkeit.¹⁰

In der Gesamtbetrachtung stellen die Unsicherheiten bezüglich der Kosten einer Kündigung nicht nur Unternehmen vor Probleme. Auch für wirtschaftspolitische Empfehlungen ergeben sich hieraus undurchsichtige Gemengelagen. Um die Auswirkungen von Kündigungskosten zu beurteilen, können letztendlich nur die Ausprägungen der jeweiligen Gesetzestexte erhoben werden, die richterliche Praxis kann jedoch, wie gerade beschrieben, hiervon abweichen. Theoretische Überlegungen,

⁹ Vgl. Eichhorst, Marx 2011.

¹⁰ Vgl. Ichino, Polo, Rettore 2002; Marinescu 2007.

in welchen höhere Entlassungskosten zu mehr Arbeitslosigkeit führen und ihre Rechtfertigung durch empirische Überprüfungen erfahren, sind somit zumindest in ihrem Ausmaß zu hinterfragen.¹¹

Ungeachtet der politischen Durchsetzbarkeit ist eine Reformierung des Kündigungsschutzes im Normalarbeitsverhältnis, welcher in seiner derzeitigen Form als Bestandsschutz fungiert, eine mögliche Option. Abfindungszahlungen sind, wie gerade beschrieben, fester Bestandteil bei der Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen in Deutschland. Die institutionelle Etablierung einer Abfindungszahlung, die den Bestandsschutz weitgehend ersetzt, erscheint somit als Reformüberlegung, welche der aktuellen Praxis beim Ablauf von Kündigungen gerecht wird. Diese kann auch als Alternative zu einer Re-Regulierung der atypischen Beschäftigungsformen verstanden werden, da ihre Flexibilität so in Relation zur Normalbeschäftigung weniger attraktiv erscheint. Der Segmentierung des Arbeitsmarktes könnte somit Rechnung getragen werden, von der besonders Arbeitsmarkteinsteiger und somit junge Arbeitnehmer betroffen sind.

Die Einführung einer Regelung, die Abfindungszahlungen vorsieht, kann dazu beitragen, Rechtsunsicherheit zu minimieren. Dies ist jedoch stark von der konkreten Umsetzung abhängig. Die Einführung solch einer Regelung bedeutet, dass ein Arbeitgeber dazu in die Lage versetzt wird, das Arbeitsverhältnis durch eine gesetzlich klar definierte und damit kalkulierbare Abfindung zu beenden. Eine reine Abfindungslösung würde den Kündigungsschutz faktisch auflösen. Die negativen Effekte, die einem Arbeitnehmer durch eine Kündigung widerfahren, werden durch eine Abfindungszahlung lediglich gemindert, wodurch sich die Unsicherheiten (beim Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) vom Arbeitgeber zum Arbeitnehmer verlagern. Bei Eingriffen in den Kündigungsschutz sind solche Unsicherheiten nicht zu vernachlässigen, da Unsicherheiten

¹¹ Vgl. Bertola et al. 2000.

bezüglich des Arbeitsplatzes zu erheblichen psychischen Belastungen führen können.¹² Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die empfundene Arbeitsplatzsicherheit nicht zwangsläufig Resultat aktueller konjunktureller Entwicklungen sein muss, sondern sich vielmehr aus der Veränderung von institutionellen Rahmenbedingungen begründet.¹³ Die Umsetzung einer Abfindungsregelung sollte sich somit immer innerhalb eines Rahmens bewegen, welcher die Kündigung weiterhin an Bedingungen bindet, um Willkür oder Diskriminierung auszuschließen.

Beispiele für Reformüberlegungen sind in europäischen Ländern zu finden. Diese reichen von extrem flexiblen Lösungen, wie z. B. in Dänemark, bei welchen anstelle der Weiterbeschäftigung lediglich die Abfindungszahlung Gegenstand von Kündigungsprozessen ist, bis hin zu dem österreichischen Modell „Abfertigung neu“, bei dem Kündigungen weiterhin sozial gerechtfertigt sein müssen und somit weiterhin die Möglichkeit besteht, auf Weiterbeschäftigung zu klagen. In der Praxis weist Österreich jedoch eine äußerst geringe Klagehäufigkeit auf.¹⁴ Das Modell „Abfertigung neu“, welches 2002 von den österreichischen Sozialpartnern ausgehandelt und verabschiedet wurde, sieht vor, dass jeder Arbeitgeber für jeden Mitarbeiter monatlich 1,53 Prozent des Bruttolohnes in einen Fonds einzahlt, aus welchem sich Abfindungszahlungen finanzieren. Ab dem zweiten Monat ihrer Beschäftigung erhalten dann alle Arbeitnehmer im privaten Sektor den Anspruch auf eine Abfindung, welche aus den eingezahlten und verzinsten Beträgen besteht, unabhängig davon, ob die Beendigung durch den Arbeitgeber oder durch den Arbeitnehmer erfolgt ist. Dieses Modell bietet jedoch keine Anreize, die Personalfuktuation niedrig zu halten, da die Belastung durch Einzahlungen in den Fonds unabhängig von der Fluktuationsrate ist. Dies ist insofern kein verteilungspolitisches Problem, als die angesparten Beiträge für jeden Arbeitnehmer in jedem Fall spätestens mit Eintritt in das Rentenalter fällig werden. Unternehmen mit hohen

¹² Vgl. Berth et al. 2008.

¹³ Vgl. Erlinghagen 2010.

¹⁴ Vgl. Eichhorst, Marx 2011.

Fluktuationsraten agieren somit nicht zu Lasten von Unternehmen mit niedrigen Fluktuationsraten. Des Weiteren ist anzumerken, dass die Höhe der Abfindung je nach Beschäftigungsdauer dramatisch gesunken ist, wenngleich Personen mit kurzer Betriebszugehörigkeit begünstigt werden. Aktuelle Niedrigzinsphasen vergrößern die Distanz zur alten Regelung zusätzlich.¹⁵ Eine solche Ausgestaltung würde in Deutschland nicht zuletzt wegen der hohen Beschäftigungsdauer dazu führen, dass die Mehrheit schlechter gestellt werden würde, da die Betriebszugehörigkeit in den letzten Jahren für ca. 60 Prozent der Beschäftigten bei über fünf Jahren lag.¹⁶

Abfindungsmodelle anderer Nationen können letztendlich nur als Ideengeber fungieren. Die komplette Übernahme einer spezifischen nationalen Praxis erscheint aufgrund länderspezifischer Unterschiede wenig ratsam. Hierfür reicht ein Blick auf die gerade thematisierte „Abfertigung neu“, bei der die Konditionen durch die Sozialpartner ausgehandelt wurden. Bei der Betrachtung der gewerkschaftlichen Organisationsgrade in Deutschland und in Österreich fällt auf, dass sie in der Vergangenheit stark abgenommen haben.¹⁷ Aufgrund der juristischen Unterschiede in beiden Ländern ergeben sich unterschiedliche Auswirkungen auf die Marktmacht der Sozialpartner. Lag die Tarifbindung in Deutschland im Jahr 1980 noch bei 85 Prozent, so lag sie im Jahr 2010 bei 61,1 Prozent, bei sinkender Tendenz. Aufgrund der Pflichtmitgliedschaft der österreichischen Unternehmen im Arbeitgeberverband bzw. der Wirtschaftskammer ist eine Entwicklung wie in Deutschland nicht zu verzeichnen. Im Gegenteil, die Tarifbindung stieg von 95 Prozent im Jahr 1980 auf 99 Prozent im Jahr 2010. Außerdem bieten Öffnungsklauseln in Deutschland mehr Spielraum als in Österreich.¹⁸

¹⁵ Vgl. Hofer 2007.

¹⁶ Siehe Abbildung 4.

¹⁷ Siehe Abbildung 5.

¹⁸ ICTWSS-Database v.4.0.

In Anbetracht dieser Tatsachen ist davor zu warnen, die Ausarbeitung von Kündigungsreformen in Deutschland allein den Sozialpartnern zu überlassen, insbesondere aufgrund ihrer asymmetrischen Marktmacht. Vielmehr sollte der Staat Mindeststandards setzen, um ein Marktversagen zu Lasten der Arbeitnehmer zu verhindern. Dies könnte zunächst in Form einer Optionslösung umgesetzt werden, bei welcher der Arbeitnehmer zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zwischen der Abfindungslösung und der bestehenden Regelung wählen kann. Die Mindesthöhe einer gesetzlichen Abfindung sollte mit der Länge der Betriebszugehörigkeit steigen (z. B. ein halbes Monatsgehalt pro Jahr), bis hin zu einer Obergrenze von z. B. zehn Jahren (durchschnittliche Betriebszugehörigkeit in Deutschland), um bei langer Betriebszugehörigkeit sehr hohe Abfindungszahlungen zu vermeiden.

Eine Bindung der Abfindungszahlung an die Beschäftigungsdauer lässt sich unterschiedlich rechtfertigen. Zum einen spielt in Deutschland die Dauer einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung bei der Anspruchsdauer von Arbeitslosengeld eine Rolle. Je länger die vorangegangene sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, desto länger ist der Anspruch. Hieraus leitet sich die Überlegung ab, dass es sinnvoll sein kann, dem Arbeitgeber Anreize zu setzen, langfristig Beschäftigten nicht zu kündigen, um die Belastung für die Arbeitslosenversicherung zu mindern. Ähnlich lässt sich im Zusammenhang zwischen Alter und Beschäftigungschancen argumentieren. Da die Betriebszugehörigkeit mit dem Alter zunimmt, die Wahrscheinlichkeit, einen neuen Arbeitgeber zu finden, aber mit dem Alter abnimmt, ist eine ansteigende Abfindungslösung sinnvoll, um die Arbeitslosenversicherung zu entlasten. Eine ansteigende Abfindungslösung weist also Umverteilungseffekte auf, welche den Sozialstaat entlasten. Wie bereits im Fall der „Abfertigung neu“ erwähnt, setzen universelle Finanzierungsbestandteile keine Anreize, die Personalfluktuationsrate niedrig zu halten. Eine Möglichkeit, hierfür Anreize zu setzen, bietet das sogenannte „experience rating“. Hierbei zahlt jedes Unternehmen in Abhängigkeit von seiner Fluktuationsrate seine Beiträge, wodurch Anreize gesetzt werden, die Fluktuationsraten so niedrig wie möglich zu halten. Sofern eine Reform hin zu einer

Abfindungslösung nicht umsetzbar erscheint, wäre solch eine Lösung zumindest für die Arbeitslosenversicherung denkbar. Eine Lösung, die sowohl ein „experience rating“ als auch eine Abfindungslösung vorsieht, ist nicht zu empfehlen, da Unternehmen bei Kündigungen doppelt bzw. zu stark belastet werden.

Selbstverständlich dürften Abfindungszahlungen nicht auf sonstige Transferleistungen angerechnet werden, da sonst die Entschädigungswirkung einer Abfindung ausfällt. Die Abfindungslösung würde nur für betriebsbedingte Kündigungen greifen, während personen- und verhaltensbedingte Kündigungen weiterhin unter die aktuelle Rechtslage fallen, um die Belastung der Arbeitnehmer durch verstärkte Unsicherheit einzugrenzen. Greift das gegenwärtige Gesetz, besteht aber weithin das betriebliche Erfordernis der sozialen Rechtfertigung von Kündigungen, wodurch Kündigungsschutzklagen nach wie vor ein Problem darstellen würden. Reformüberlegungen müssten also auch hier ansetzen bzw. eine Vereinfachung erlauben, um eine Kostenreduktion durch den Abbau von Risiken zu realisieren. Eine Möglichkeit bietet ein Verfahren, welches in Schweden zur Anwendung kommt und äußerst simpel und somit gut zu kalkulieren ist. Die Auswahl von zu kündigenden Mitarbeitern erfolgt lediglich anhand der Betriebszugehörigkeit bei, bezogen auf die Qualifikation, gleichen Mitarbeitern. Verstöße gegen diese Auswahl führen nicht zu einer Unwirksamkeit einer Kündigung, wie in Deutschland, sondern zu einem Entschädigungsanspruch. Entlassungskosten werden in diesem Modell für Unternehmen kalkulierbarer, sind jedoch mit Eingriffen in die Personalpolitik verbunden. Des Weiteren sollte die Möglichkeit geschaffen werden, Verfahrensfehler im Rahmen einer Kündigung, die nicht substantieller Natur sind, nachträglich zu korrigieren.¹⁹ Während es also unmöglich erscheint, die Abfindungslösung für jegliche Umstände einer Kündigung zu etablieren, so kann sie doch zu einer Kostenreduktion bei betriebsbedingten Kündigungen beitragen. Für Fälle, in denen der Bestandsschutz weiterhin greift, kommen die gerade aufgeführten Möglichkeiten in Frage, die den juristischen Aufwand minimieren.

¹⁹ Vgl. Eichhorst, Marx 2011.

Abb. 1 Erwerbsfähige Bevölkerung nach Erwerbsstatus und Art des Arbeitsvertrages

Angabe in Prozent / Quelle: SOEP 1992-2011, eigene Berechnungen.

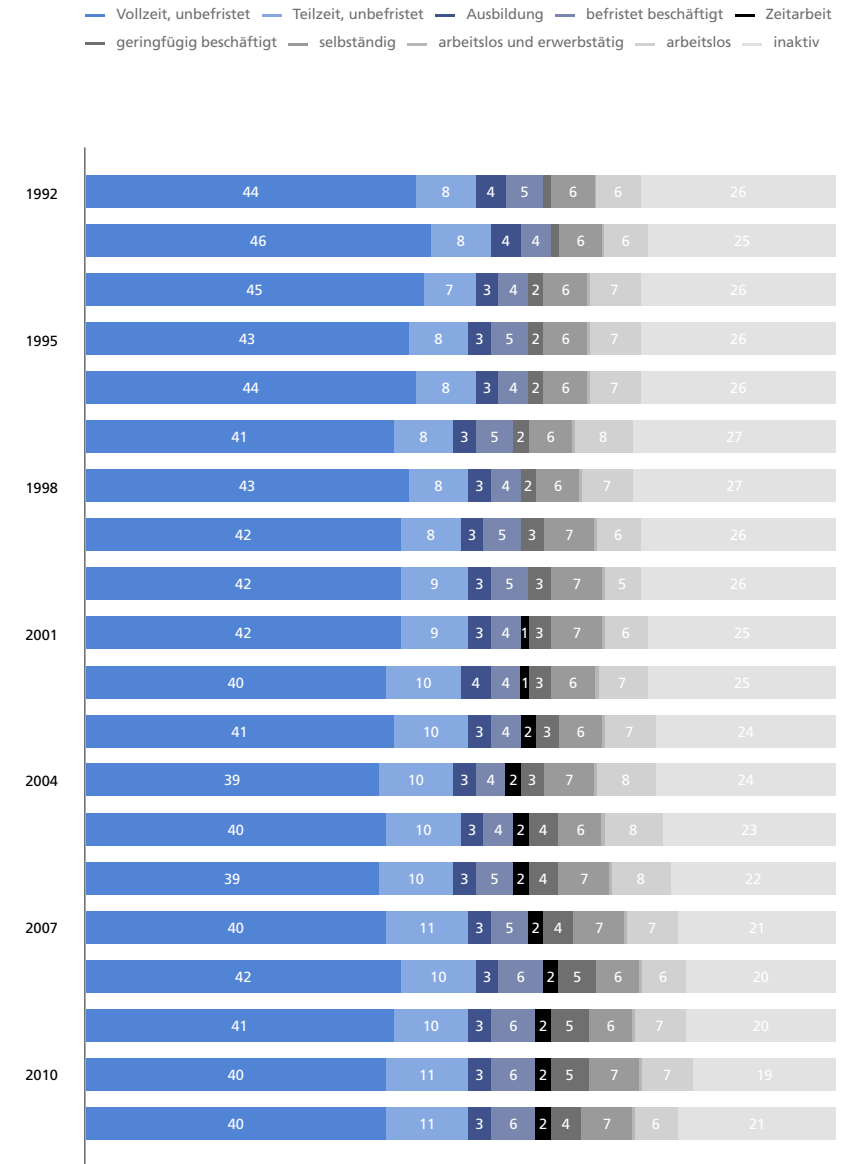


Abb. 2 Entwicklung von Berufsgruppen und atypischer Beschäftigung (1995-2011)

Quelle: SOEP, eigene Berechnungen (growth 1995 = 100).

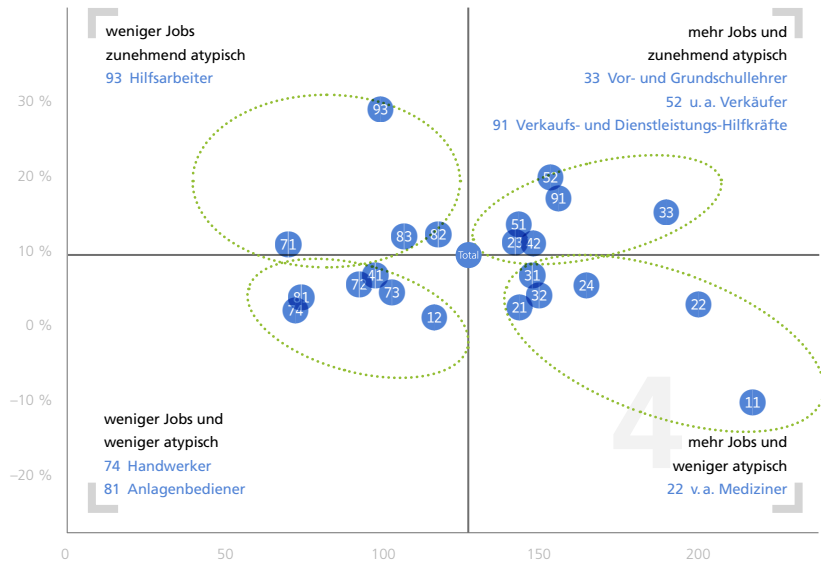


Abb. 3 Abdeckung durch Kündigungsschutz

Quelle: SOEP, eigene Berechnungen (Angaben in Prozent).

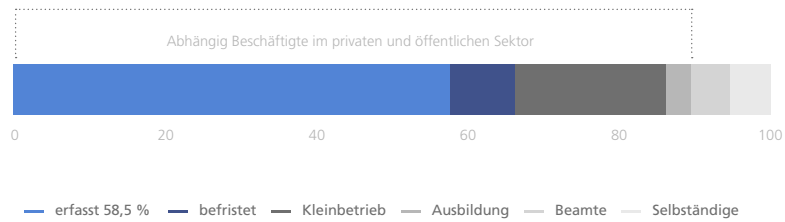


Abb. 4 Abdeckung durch Kündigungsschutz

Quelle: SOEP, eigene Berechnungen.

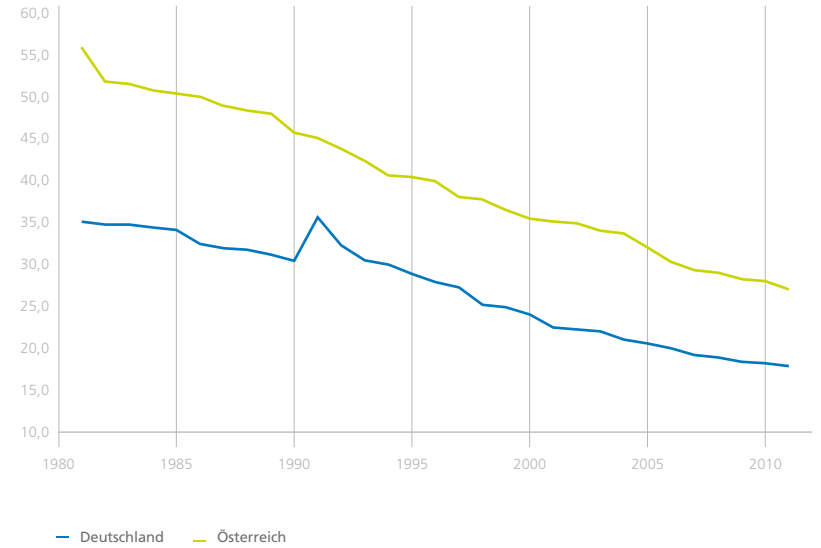
	< 1 Monat	1-6 M.	6-12 M.	1-3 Jahre	3-5 Jahre	5-10 Jahre	> 10 Jahre
2000	3,4	4,7	7,5	14,0	11,4	20,2	38,9
2005	2,7	4,4	6,7	12,2	13,1	19,8	41,2
2011	3,1	5,1	7,5	12,6	12,2	16,3	43,2

kontinuierlich rund 15 % unter 1 Jahr

kontinuierlich ca. 60 % über 5 Jahre

Abb. 5 Organisationsgrad

Quelle: ICTWS v.4.0



Literatur

Berth H., F. Balck, C. Albani, P. Förster, E. Brähler, Y. Stöbel-Richter (2008): Psychische Gesundheit und Angst vor Arbeitsplatzverlust, in: Psychische Gesundheit am Arbeitsplatz in Deutschland. Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen, Berlin.

Bertola G., Boeri T., Cazes S. (2000): Employment Protection in Industrialized Countries: The Case of New Indicators, International Labour Review 139 (1), 57-72.

Eichhorst W., P. Marx (2011): Zur Reform des deutschen Kündigungsschutzes, IZA Research Report No. 36.

Eichhorst W., P. Marx, E. Thode (2010): Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit -Benchmarking Deutschland: Befristete und geringfügige Tätigkeiten, Zeitarbeit und Niedriglohnbeschäftigung. Bertelsmann Stiftung, Gütersloh.

Erlinghagen M. (2010): Mehr Angst vor Arbeitsplatzverlust seit Hartz? Langfristige Entwicklung der Beschäftigungsunsicherheit in Deutschland, in: IAQ-Report 2010 (02). Duisburg.

Hofer H. (2007): The Severance Pay Reform in Austria („Abfertigung Neu“), in: CESifo DICE Report 4/2007, 41-48.

Ichino A., M. Polo, E. Rettore (2003): Are judges biased by labor market conditions?, in: European Economic Review Vol. 47, Issue 5, 913-944.

Marinescu I. (2007): Are Judges Sensitive to Economic Conditions? Evidence from UK Employment Tribunals, Working Papers 0802, Karris School of Public Policy Studies, University of Chicago.

Preis U., W. Bender (2005): Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, in NZA, 2005 (23), 1321-1328.

Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Flexibilisierung- potential

Clemens Latzel

Einleitung

»Bestandsschutz oder Planungsfreiheit – Sicherheit oder Flexibilität?«
Für Arbeitsrechtler ist die Frage schnell beantwortet. Schon am Anfang vieler Arbeitsrechtslehrbücher wird den Studenten mitgeteilt: Arbeitsrecht ist im Grunde *Arbeitnehmerschutzrecht*¹. Nicht-Arbeitnehmer sind also per definitionem draußen. Das Recht der potentiellen Arbeitnehmer oder der *Arbeitssuchenden* findet sich fast nur in den Sozialgesetzbüchern und damit leider jenseits des Wahrnehmungshorizonts vieler Arbeitsrechtler, Arbeitsrechtspolitiker, Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften.

Die Segmentierung des Arbeitsmarktes in »Normalarbeitsverhältnisse«, »atypische« Arbeitsverhältnisse und Arbeitssuchende ist zum Großteil dem deutschen Arbeitsrecht, insbesondere seinem hohen Bestandsschutzniveau, zu verdanken. Die vielfach an Arbeitsrechtsetzer (Gesetzgeber, Tarif- und Betriebsparteien, aber vor allem auch Arbeitsrichter) herangetragene Forderung nach arbeitsmarktpolitischer Folgenabschätzung² verhallt meist ungehört. Gewerkschaften und Betriebsräten kann man keinen Vorwurf machen, denn sie vertreten nur ihre Mitglieder bzw. Wähler – also Insider. Der Gesetzgeber versucht immerhin gelegentlich, die Beschäftigungs- und Teilhabechancen der Arbeitssuchenden auch mit Mitteln des Arbeitsrechts (nicht nur des Sozialrechts) zu steigern (etwa durch das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und das Teilzeit- und Befristungsgesetz – freilich jeweils unionsrechtlich induziert).

Ein Vorwurf ist aus Sicht der Wissenschaft aber den Arbeitsrichtern zu machen: Sie ignorieren bei Einzelfallabwägungen (davon gibt es im Arbeitsrecht viele) regelmäßig Drittinteressen, insbesondere die von

¹ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 5; Wollenschläger, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 46.

² Eingehend Rieble/Junker (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht (2007), vollständig abrufbar unter: www.zaar.uni-muenchen.de/download/verlag/schriftenreihe/zsr_8.pdf [1.7.2013].

potentiellen Arbeitnehmern aufgrund einer *proceeding drift*³, d. h., die Richter haben bei ihren Entscheidungen nur die Interessen der Prozessbeteiligten vor Augen. Außerdem neigen Arbeitsrichter zu einer *social drift*⁴, d. h., sie bewerten im Bestreben um Einzelfallgerechtigkeit das existenzielle Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers tendenziell höher als das Unternehmerinteresse. Doch aus der Einzelfallentscheidung wird schnell ein Leitsatz, und dieser wird von anderen Gerichten abstrahiert und auf fremde Zusammenhänge übertragen. In der Folge werden Arbeitnehmerinteressen in der Rechtsprechung *strukturell* übergewichtet.

Schließlich haben das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz) und das Bundesverfassungsgericht vor allem den Arbeitsrichtern höherer Instanzen eine *constitutional drift*⁵ mitgegeben: Die Offenheit des Sozialstaatsbegriffs und seine immer neuen Ableitungen durch das Bundesverfassungsgericht führen tendenziell zu einer Überbetonung der sozialen Komponente unserer Wirtschaftsordnung.⁶

3 v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes (2004), S. 309 ff.

4 v. Klitzing (Fn. 3), S. 313 ff.

5 v. Klitzing (Fn. 3), S. 316 ff.

6 Eindrücklich Bundesverfassungsgericht vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NJW 2007, 51 (Rn. 87-90) zum Berliner Tarifreue- und Vergabegesetz: »Die Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. Diese Maßnahme soll zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor beitragen. Sie dient dem Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten, und damit auch der Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und der Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit. Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte wird zugleich das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützt. Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang. [...] Darüber hinaus ist der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung [...] Schließlich darf der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar zur Anwendung kommen«.

Das Prinzip des Marktes hat hingegen keinen Verfassungsrang und ist den Richtern bei Abwägungsentscheidungen ungleich weniger präsent. Auch ein Verweis auf die durch Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz geschützte unternehmerische Freiheit löst bei Arbeitsrechtlern meist nur ein müdes Lächeln aus.

Interessenlage der Arbeitnehmer

Arbeitnehmer haben ein – vollkommen nachvollziehbares – Interesse an einem sicheren Einkommen und damit an einer geregelten Zukunft ohne böse Überraschungen. Dem wird – nach traditioneller Überzeugung – am ehesten ein festes »Normalarbeitsverhältnis« gerecht, das bei einer 35- bis 40-Stunden-Woche ein Einkommen abwirft, das eine kleine Familie ernähren kann. Solange am Credo eines »Normalarbeitsverhältnisses« festgehalten wird, münden alle existenz-, ja mitunter wohlstandssichernden Bestrebungen auch in arbeitsrechtlichen Bestandsschutz. Dabei ist mit »Bestandsschutz« schon längst nicht mehr nur der Schutz des bestehenden Arbeitsverhältnisses an sich gemeint⁷, sondern auch die Anpassung des Arbeitsverhältnisses an gewandelte Lebensumstände.⁸

Schutz des bestehenden Arbeitsverhältnisses an sich

Das bestehende Arbeitsverhältnis wird einerseits vor willkürlicher Beendigung seitens des Arbeitgebers und andererseits vor willkürlicher Befristung geschützt.

a) Das Ultima-Ratio-Prinzip des Beendigungsschutzes

Das Schutzzitter des deutschen Kündigungsschutzrechts ist weitreichend und engmaschig, insbesondere wegen seines Ultima-Ratio-Prinzips. Bekanntermaßen müssen Kündigungen von Arbeitnehmern in Betrieben

7 dazu: Schutz des bestehenden Arbeitsverhältnisses an sich, S. 77 ff.

8 dazu: Anpassung des Arbeitsverhältnisses an gewandelte Lebensumstände, S. 84 ff.

mit mehr als zehn Arbeitnehmern »sozial gerechtfertigt« werden (§ 23 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz). »Soziale Rechtfertigung« ist hier freilich ein Euphemismus, denn es geht nicht um eine sozialpolitische Rechtfertigung der Kündigung, sondern ausschließlich um die Frage: Gibt es einen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers oder im Unternehmen des Arbeitgebers liegenden Grund für die Kündigung?

Das Ultima-Ratio-Prinzip verlangt hierbei, dass die *Kündigung* aus einem der drei Gründe stets nur das letzte Mittel sein darf. Der Arbeitnehmer darf erst gekündigt werden, wenn das Arbeitsverhältnis nicht mehr – in der vertraglich vereinbarten Weise – fortgesetzt werden kann.⁹ Wer klassisch zivil-, also vertragsrechtlich an die Frage herangeht, wird sich erst den Arbeitsvertrag und dann den Arbeitnehmer bzw. das Unternehmen des Arbeitgebers anschauen. Ist der Arbeitnehmer zur vertraglich vereinbarten Tätigkeit noch fähig und eine solche im Unternehmen noch vorhanden, kommt jedenfalls eine *Beendigungskündigung* nicht in Betracht. Wenn aber ein Arbeitnehmer nicht mehr das tun kann, wozu er sich vertraglich verpflichtet hat (etwa der Lagerist keine Kisten mehr heben kann), kann er gekündigt werden (auch wenn etwa eine Pförtner-Schicht zu besetzen ist – denn der Lagerist ist kein Pförtner).

Das findet das Bundesarbeitsgericht ungerecht: Die Arbeitsvertragsparteien müssen »im Zusammenwirken« die Voraussetzungen für die Durchführung des Arbeitsvertrages schaffen, dürfen Erfüllungshindernisse nicht entstehen lassen bzw. müssen solche beseitigen und dem jeweils anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen lassen.¹⁰ Der Wunsch nach einem quasi-personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist unverkennbar:

⁹ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 364.

¹⁰ Bundesarbeitsgericht vom 19.5.2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 26).

»Im Rahmen dieser Mitwirkungspflicht kann es auch geboten sein, auf den Wunsch nach Vertragsanpassungen als Reaktion auf unerwartete Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einzugehen, insbesondere wenn anderenfalls in Dauerschuldverhältnissen Unvermögen des Schuldners droht.«¹¹

Können also Arbeitnehmer ihre vertraglichen Aufgaben nicht mehr erfüllen, können sie dennoch Beschäftigung (und Vergütung) von ihrem Arbeitgeber verlangen – auch jenseits ihres vertraglich vereinbarten Tätigkeitsfeldes, aber natürlich nur ihrer Leistungsfähigkeit sowie ihren Kenntnissen entsprechend. Dafür müssen nur drei Bedingungen erfüllt sein:¹²

- » Im Unternehmen muss ein entsprechender Wunscharbeitsplatz frei sein.
- » Der gewünschte Arbeitsplatz muss dem bisherigen Arbeitsplatz in etwa gleichwertig sein.
- » Es dürfen keine betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Ob der Arbeitgeber den leistungsgeminderten Arbeitnehmer (*low performer*) überhaupt für die avisierte Tätigkeit eingestellt hätte, interessiert nicht – *Zumutbarkeit* allein lässt das Bundesarbeitsgericht von der unternehmerischen Freiheit übrig.

Es mag aus Sicht des leistungsgeminderten Arbeitnehmers verständlich sein, dass sein Arbeitsverhältnis nicht allein deshalb leerlaufen soll, weil der ursprüngliche Arbeitsvertrag von der Wirklichkeit überholt wurde (»unerwartete Änderung der tatsächlichen Verhältnisse«), aber eine weitere (wie auch immer geartete) Zusammenarbeit möglich und dem Arbeitgeber *zumutbar* ist. Der Arbeitgeber muss ja auch nur dann dem Umsetzungswunsch des Minderleisters nachkommen, wenn er

¹¹ Bundesarbeitsgericht vom 13.8.2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 31).

¹² Eingehend Latzel, Arbeiten nach Wunsch, in: Uffmann/Dahm (Hrsg.), Vielfalt oder Chaos – Aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und europäischen Arbeitsrecht (2013), S. 75 (110 ff.).

tatsächlich Arbeit hat, die der Arbeitnehmer noch bewältigen kann. Wirtschaftlich scheint die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts also beiden Seiten zu dienen.¹³

Allerdings wird dabei übersehen, dass in der Praxis ohnehin immer Änderungsverträge geschlossen werden, wenn damit wirklich beiden Seiten gedient ist. Muss allerdings der Arbeitgeber an einem Arbeitnehmer festhalten, bloß weil wirtschaftlich nichts dagegen spricht, wird ihm die Möglichkeit genommen, freie Kapazitäten mit neuen Kräften von außen oder Nachwuchskräften von innen zu besetzen. Nur zu Gunsten schwerbehinderter Menschen stellt das Gesetz Bestandsschutz über Chancengleichheit (§ 81 Abs. 4 Sozialgesetzbuch IX) – dem Bundesarbeitsgericht ist das nicht genug.¹⁴

b) Die Wirklichkeit des Kündigungsschutzes: Abfindungsschutz

Theorie und Praxis sind auch im Arbeitsrecht zwei Paar Schuhe: Gleich welche Blüten der Bestandsschutz in der Theorie (d. h. in den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Präzedenzfällen) treibt, bildet er in der Praxis ohnehin meist nur Argumentationsmaterial für Vergleichsverhandlungen. Schon die Zahlen des Statistischen Bundesamtes sprechen für sich: Im Jahre 2011 wurden vor deutschen Arbeitsgerichten nur 8,5 Prozent der Kündigungsschutzverfahren durch streitiges Urteil entschieden – der Rest wurde verglichen oder anderweitig erledigt.¹⁵

Wie erreichen Arbeitsrichter solch hohe Vergleichsquoten? Unter anderem dadurch, dass sie auf beiden Seiten rechtliche Zweifel schüren – egal ob sie diese für durchgreifend erachten oder nicht (»juristische Blendgratanten«). In erster Instanz besteht kein Anwaltszwang, und Arbeitnehmer, die auch keinen gewerkschaftlichen Rechtsbeistand haben, können das

¹³ Latzel (Fn. 10), S. 114.

¹⁴ Latzel (Fn. 10), S. 114 f.

¹⁵ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege: Arbeitsgerichte 2011 (Fachserie 10 Reihe 2.8), S. 26, vollständig abrufbar unter: www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Arbeitsgerichte2100280117004.pdf?__blob=publicationFile [1.7.2013].

Kündigungsschutzrecht selbst schwerlich durchschauen. Es ist nicht verwunderlich, dass ausgerechnet das Bundesarbeitsgericht über einen besonders krassen Fall richterlicher »Vergleichsquetsche« entscheiden musste.¹⁶

Von der faktischen Aufweichung des Kündigungsschutzes profitieren viele:

- » Zunächst sind es die *Arbeitsrichter*, die immer dann kein Urteil schreiben und begründen müssen, wenn sich die Parteien anderweitig einigen oder die Klage nach hinreichendem »Zureden« des Richters zurückgenommen oder anerkannt wird (§ 46 Abs. 2 Arbeitsgerichtsgesetz i.V.m., §§ 278, 313a, 313b Zivilprozessordnung).
- » *Arbeitgeber* können auch schwer kündbare Arbeitnehmer durch »geschicktes« Prozessieren schließlich zur Aufgabe des Arbeitsverhältnisses bringen. Vor allem können sie mit einem Vergleich die wirtschaftlichen Belastungen eines hohen Annahmeverzugsentgelts mildern: Ein Kündigungsschutzverfahren durch drei Instanzen dauert – trotz aller Beschleunigungsgebote – gerne drei Jahre.¹⁷ Verliert der Arbeitgeber letztlich, muss er dem Arbeitnehmer für die gesamte Verfahrensdauer seinen Lohn – vorbehaltlich anderweitigen Einkommens¹⁸ – nachzahlen, auch wenn der Arbeitnehmer so lange »freigestellt« war.¹⁹ Darin sehen einige Arbeitsrechtler das

¹⁶ Bundesarbeitsgericht vom 12.5.2010 – 2 AZR 544/08 – NZA 2010, 1250: »Sie haben keine Chance, höchstens 20 %, Sie müssen das machen!«, »Sie spielen hier Vabanque«, »Was Sie machen, ist unverantwortlich im Hinblick auf Ihre familiäre Situation«, »Seien Sie vernünftig. Sonst müssen wir Sie zum Vergleich prügeln«, »Sie werden sonst an die Wand gestellt und erschossen«, »Stimmen Sie dem jetzt endlich zu, ich will Mittag essen gehen«.

¹⁷ Durchschnittliche Verfahrensdauer in Kündigungsschutzverfahren bis Abschluss der zweiten Instanz durch streitiges Urteil: 16,6 Monate, Justizstatistik 2011 (Fn. 13), S. 88; Verfahrensdauer der am Bundesarbeitsgericht durch streitiges Urteil erledigten Revisionen innerhalb von sechs bis zwölf Monaten: 95, innerhalb von ein bis zwei Jahren: 381, innerhalb von mehr als zwei Jahren: 42, Justizstatistik 2011 (Fn. 13), S. 102.

¹⁸ Bayreuther, Böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs im gekündigten Arbeitsverhältnis, NZA 2003, 1365 ff.

¹⁹ Ricken, Annahmeverzug und Prozessbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits,

eigentliche Hauptproblem des deutschen Kündigungsschutzes.²⁰

- » *Arbeitnehmer*, die an sich zu Recht gekündigt wurden, können in Vergleichsverhandlungen noch eine Abfindung rausschlagen, die ihnen eigentlich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustünde (»goldener Handschlag«).²¹ So können selbst Straftäter vor Arbeitsgerichten noch ihre »langjährige Treue« vergütet bekommen, wenn der Arbeitgeber im Prozess nicht standhaft bleibt.

Das Nachsehen haben diejenigen, die im Recht sind. Sie müssten eigentlich auf einer streitigen Entscheidung durch das Gericht bestehen. Doch um Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit ist es gerade im Kündigungsrecht schlecht bestellt.

c) Befristungsschutz

Ein starker Kündigungsschutz könnte leicht umgangen werden, wenn Arbeitsverhältnisse von vornherein immer nur für kurze Zeiträume abgeschlossen werden könnten. Es stünde dem Arbeitgeber dann zum Befristungsende frei, das Arbeitsverhältnis zu verlängern oder sich von dem Arbeitnehmer kündigungs- und abfindungslos zu trennen. So viel unternehmerische Freiheit würde den Kündigungsschutz aushöhlen, weshalb der Gesetzgeber dem Beendigungs- einen Befristungsschutz zur Seite gestellt hat: Arbeitsverhältnisse müssen grundsätzlich unbefristet geschlossen werden – die Befristung eines Arbeitsvertrages ist (über zwei Jahre hinaus) nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (§ 14 Teilzeit- und Befristungsgesetz). Der arbeitsmarktpolitische *Clou* dabei ist: Unzulässig befristete Arbeitsverhältnisse werden automatisch zu unbefristeten (§ 16 Teilzeit- und Befristungsgesetz).

NZA 2005, 323 (324).

20 Boecken/Topf, Kündigungsschutz: zurück zum Bestandschutz durch Ausschluss des Annahmeverzuges, RdA 2004, 19 ff.; vgl. Junker, 65. Deutscher Juristentag (2004), Gutachten B, S. 83 mit weiteren Nachweisen.

21 Budras, Der Schnüffler im Büro, FAZ vom 15.6.2013, S. C2, vollständig abrufbar unter: www.faz.net/-gyo-79xry [1.7.2013].

Praktisch wichtig ist unter anderem die befristete Einstellung von Arbeitnehmern zur Vertretung anderer Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz). Gerade in Großunternehmen und im öffentlichen Dienst ermöglicht die Vertretungsbefristung, einen konstanten Anteil an befristeten Arbeitnehmern zu beschäftigen, weil ständig irgendjemand schwanger, krank oder im Urlaub ist und so eine »gedankliche Zuordnung« der Vertreter zu Vertretenen stets möglich ist. Das Bundesarbeitsgericht hat dem aber Grenzen gezogen:

Die Vertretungsbefristung kommt nur noch in Betracht, wenn »der befristet beschäftigte Arbeitnehmer unmittelbar für die anderweitig eingesetzte Stammkraft beschäftigt wird oder sich die Verbindung zu diesem anderweitigen Einsatz durch eine Vertretungskette vermittelt. Es reicht nicht aus, wenn die Einstellung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers lediglich wegen der »gedanklichen Zuordnung« dem vorübergehend im Unternehmen anderweitig eingesetzten Beschäftigten zugeordnet werden kann«²².

Außerdem schwebt über allen Befristungskonstruktionen das Damoklesschwert der Missbrauchskontrolle. Auch sachlich begründete Befristungen können unwirksam (§ 242 Bürgerliches Gesetzbuch) sein, womit der Arbeitnehmer unbefristet eingestellt sein kann. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht auf den Europäischen Gerichtshof zurück, der im wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge eine Quelle potentiellen Missbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer sieht, die es einzudämmen gilt, um eine »Prekarisierung der Lage der Beschäftigten« zu verhindern.²³ Insbesondere sei »die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse zur Deckung eines Bedarfs, der faktisch kein zeitweiliger, sondern im Gegenteil ein ständiger und dauerhafter ist, nicht [...] gerechtfertigt«²⁴. Das Bundesarbeitsgericht folgert daraus:

22 Bundesarbeitsgericht vom 16.1.2013 – 7 AZR 662/11 – NJW 2013, 1755 (Rn. 20).

23 Europäischer Gerichtshof vom 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük) – NZA 2012, 135 (Rn. 25).

24 Europäischer Gerichtshof vom 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük) – NZA 2012, 135 (Rn. 36).

»Bei zunehmender Anzahl und Dauer der jeweils befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann es eine missbräuchliche Ausnutzung der dem Arbeitgeber an sich rechtlich eröffneten Befristungsmöglichkeit darstellen, wenn er gegenüber einem bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmer trotz der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einer dauerhaften Einstellung immer wieder auf befristete Verträge zurückgreift.«²⁵

Anpassung des Arbeitsverhältnisses an gewandelte Lebensumstände

Der Bestandsschutz umfasst mehr als Beendigungs- und Befristungsschutz. Aus dem Arbeitsverhältnis wird immer mehr ein allgemeines Beschäftigungsverhältnis. Ändern sich die persönlichen Lebensumstände oder auch nur die Vorlieben des Arbeitnehmers, kann er von seinem Arbeitgeber verlangen, dass sich sein Arbeitsverhältnis dem anpasst.

»Flexicurity« heißt in diesem Fall:²⁶

- » Jeder Arbeitnehmer kann sachgrundlos die Reduzierung seiner Arbeitszeit verlangen (§ 8 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz), und der Arbeitgeber muss dem Wunsch entsprechen, wenn er keine betrieblichen Gründe dagegen vorbringen kann (§ 8 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz). Bei dieser Gelegenheit kann sich der Arbeitnehmer auch gleich die Verteilung seiner reduzierten Arbeitszeit über die Arbeitswoche aussuchen (§ 8 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz).
- » Zur Kindererziehung kann jeder Arbeitnehmer bis zu drei Jahre unbezahlte Freistellung verlangen (§ 15 Abs. 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) – oder auch nur in »Elternteilzeit« (wiederum mit gewünschter Arbeitsverteilung) gehen (§ 15 Abs. 5 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz).
- » Gleiches gilt für die Pflege naher Angehöriger für bis zu sechs Monate (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Pflegezeitgesetz).

²⁵ Bundesarbeitsgericht vom 18.7.2012 – 7 AZR 783/10 – NZA 2012, 1359 (Rn. 40).

²⁶ Im Einzelnen: Latzel (Fn. 10), S. 87 ff.

Interessenlage der Arbeitgeber

Arbeitgeber wollen typischerweise motivierte, zuverlässige Arbeitnehmer, von denen sie sich bei Leistungsabfall oder nachlassendem Arbeitsbedarf wieder schnell und kostengünstig trennen können. Arbeitgeberinteressen trägt das deutsche Arbeitsrecht oftmals nur im Grundsatz Rechnung: So wird etwa als betriebsbedingter Kündigungsgrund akzeptiert, wenn eine freie Unternehmerentscheidung zur Betriebschließung und damit zum Wegfall von Arbeitsplätzen führt.²⁷ Daran knüpft aber ein vom Betriebsrat erzwingbarer Sozialplan an, um die wirtschaftlichen Folgen für die Arbeitnehmer abzumildern (§ 112 Abs. 1 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz).

Deutsche Angst vor der Abkehr vom »Normalarbeitsverhältnis«

Gerade in stark konjunkturabhängigen, personalintensiven Branchen sind »Normalarbeitsverhältnisse« über einen »Stammbedarf« hinaus wenig attraktiv. Ob sich in der »Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis« ein »Flucht- bzw. Notwehrverhalten« zeigt oder nur der Wandel von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft seine Spuren hinterlässt, sei dahingestellt. Die EU fühlt sich als zentraler Arbeitsrechtsetzer ohnehin keinem »Normalarbeitsverhältnis« verpflichtet, sondern tritt unideologisch für ein hohes *Beschäftigungsniveau* ein. Schon in der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 heißt es unter Nr. 7:

»Die Verwirklichung des Binnenmarktes muß zu einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft führen. Dieser Prozeß erfolgt durch eine Angleichung

²⁷ Bundesarbeitsgericht vom 16.2.2012 – 8 AZR 693/10 – NZA-RR 2012, 465; dagegen kritisch Stein, Betriebsbedingte Kündigungsgründe – Tabuzone für Arbeitsgerichte?, AuR 2013, 243 (245 ff.).

dieser Bedingungen auf dem Wege des Fortschritts und betrifft namentlich die Arbeitszeit und die Arbeitszeitgestaltung sowie andere Arbeitsformen als das unbefristete Arbeitsverhältnis, wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit.«

Die Erleichterung moderner Beschäftigungsformen stößt bei einigen Arbeitsrechtlern hierzulande nicht gerade auf Begeisterung. Exemplarisch hierfür ist die Leiharbeit. Mit der EU-Leiharbeitsrichtlinie von 2008 sollen gerade Leiharbeiter geschützt, die Qualität der Leiharbeit soll verbessert, Leiharbeitsunternehmen sollen als Arbeitgeber anerkannt und vor allem soll »ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden«, »um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen« (Art. 2 Richtlinie 2008/104/EG). Im deutschen Arbeitsrecht kreist aber eine beliebte Diskussion um das Wörtchen »vorübergehend« (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz), denn nach einer vornehmlich hier anzutreffenden, aber mit Leidenschaft verfochtenen Auffassung dürfen Leiharbeiter nicht dauerhaft auf »Stammarbeitsplätzen« eingesetzt werden. Ohne die Diskussion hier vertiefen zu wollen,²⁸ illustriert sie doch, wie unionsrechtliche Flexibilisierungsansätze durch die deutsche Brille des »Normalarbeitsverhältnisses« betrachtet werden. Dabei hat das Rheinisch-Westfälische Institut für Wirtschaftsforschung in seiner Studie »Herausforderung Zeitarbeit«²⁹ im Jahre 2012 herausgefunden:

»Neue Beschäftigungsverhältnisse in der Zeitarbeit gehen im Vergleich zur Gesamtwirtschaft überproportional oft Beschäftigte ein, die unmittelbar zuvor arbeitslos waren.« (S. 48)

²⁸ Eingehend Rieble/Latzel, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien – Am Beispiel der Leiharbeit (2012), Rn. 182 ff.

²⁹ Vollständig abrufbar unter: www.rwi-essen.de/media/content/pages/publikationen/rwi-projektberichte/PB_Herausforderung-Zeitarbeit.pdf [1.7.2013].

»Eine Analyse der Entwicklung von Zeitarbeits- und Stammbeschäftigung innerhalb eines Betriebs zeigt, dass nur ein geringer Anteil der Kundenbetriebe Zeitarbeit aufbaut und gleichzeitig Stammbeschäftigung abbaut. Das Gegenteil ist häufiger zu beobachten.« (S. 49)

Kumulation von Bestandsschutz und Mindestlohn

Die Segmentierung des Arbeitsmarktes in »Privilegierte« (mit bestandsgeschütztem »Normalarbeitsverhältnis«) und »Underdogs« (mit »atypischem« Beschäftigungsverhältnis) ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass »Normalarbeitsverhältnisse« für gewisse Tätigkeiten schlicht zu teuer geworden sind. Man muss sich nur die Einstiegsgehälter für un- und angelernte Tätigkeiten nach den Tarifverträgen der Metall- und Elektroindustrie anschauen (knapp 15 Euro/Stunde), um zu verstehen, warum diese Tätigkeiten fast nur noch an externe (anderstariferte oder tariffreie) Dienstleister vergeben werden.³⁰

Was Luxustariflöhne vormachen, könnte ein hoher gesetzlicher Mindestlohn nachmachen: Die Kombination aus hohem Mindestlohn und starkem Kündigungsschutz macht »Normalarbeitsverhältnisse« für Nicht- und Geringqualifizierte illusorisch, wenn für ihre Tätigkeiten schon die Mindestvergütung auf Dauer überproportional ist. Sie werden deshalb auch bei guter Wirtschaftslage nur als Leiharbeiter oder bei (im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen tätigen) Subunternehmen eingesetzt und im Übrigen auf staatliche Hilfe angewiesen sein. Wird ein hoher branchenunabhängiger Mindestlohn eingeführt, gibt es für Nicht- und Geringqualifizierte bald weder »typische« noch »atypische« Arbeitsverhältnisse, sondern nur noch Selbständigkeit oder Arbeitslosigkeit.

³⁰ Astheimer, Scheingefecht um Werkverträge, FAZ vom 17.6.2013, S. 17, vollständig abrufbar unter: www.faz.net/-gqg-7a03w [1.7.2013].

Neue Kompromisse zwischen Bestandsschutz und Planungsfreiheit

Lösungsmöglichkeiten de lege lata

Neben den beiden bekannten »Fluchten« für bestandsschutzgeplagte Unternehmer in Werk- und Dienstverträge einerseits oder ins Ausland andererseits sei hier auf einen vielleicht etwas außergewöhnlichen, aber effektiven Weg hingewiesen: die Flucht ins Sonderarbeitsrecht der Insolvenz. Die Insolvenz bewirkt schon längst keine »Zerschlagungsautomatik« mehr, »sondern strebt eine ökonomisch vernünftige Haftungsverwirklichung an, die nach Möglichkeit die wirtschaftliche Existenz des Schuldners erhält«³¹, und bietet einen signifikanten arbeitsrechtlichen Vorteil: Der Insolvenzverwalter kann in betriebsratslosen Betrieben oder wenn Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich nicht innerhalb von drei Wochen erfolgreich waren, beim Arbeitsgericht beantragen, *verbindlich* (§ 127 Insolvenzordnung) festzustellen, dass die betriebsbedingte Kündigung bestimmter Arbeitnehmer sozial gerechtfertigt ist (§ 126 Abs. 1 Insolvenzordnung). Dieses besondere Beschlussverfahren erlaubt es, Kündigungen im Rahmen von insolvenzbedingten Personalabbaumaßnahmen rechtssicher zu konzentrieren und eine Vielzahl langwieriger Kündigungsschutzprozesse zu vermeiden.³² Das Bundesarbeitsgericht respektiert die vom Gesetzgeber intendierte erleichterte Belegschaftssanierung im Insolvenzverfahren und erlaubt im Rahmen dessen auch den beschränkten Einsatz von Leiharbeitnehmern.³³

Gerade bei frühzeitiger Einleitung des Insolvenzverfahrens wegen *drohender Zahlungsunfähigkeit* (§ 18 Insolvenzordnung) stehen außerdem

³¹ Uhlenbruck/Pape, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 1 Rn. 1.

³² Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 126 InsO Rn. 1.

³³ Bundesarbeitsgericht vom 18.10.2012 – 6 AZR 289/11 – NZA-RR 2013, 68 mit Anmerkung Krings.

die Chancen für ein Insolvenzverfahren in *Eigenverwaltung* (§§ 270 ff. Insolvenzordnung) nicht schlecht.³⁴ Der Schuldner bleibt dann vermögensverfügungsbefugt und wird nur durch einen gerichtlich bestellten Sachwalter überwacht. Dessen Zustimmung vorausgesetzt (§ 279 Satz 3 Insolvenzordnung) kann der Arbeitgeber unter den genannten Voraussetzungen das konzentrierende Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht einleiten.

Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda

a) Wandel vom Bestandsschutz zum Abfindungsschutz

Die Forderung, den Kündigungsschutz durch einen Abfindungsschutz zu ersetzen, um mehr Menschen in Arbeit zu bringen und der Segmentierung des Arbeitsmarktes vorzubeugen, wird schon länger erhoben.³⁵ So sinnvoll ein Rückbau des Kündigungsschutzes zu Gunsten eines Abfindungsschutzes wäre, so illusorisch ist zumindest seine gesetzgeberische Umsetzung. Zuletzt wurde der Kündigungsschutz unter Bundeskanzler *Gerhard Schröder* etwas reduziert, indem mehr als zehn (nicht mehr nur mehr als fünf) Arbeitnehmer regelmäßig in einem Betrieb beschäftigt sein müssen, damit für sie das Kündigungsschutzgesetz gilt (§ 23 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz).

Die EU, von der einzig und allein Änderungen des Status quo im Arbeitsrecht erhofft werden können, könnte in ihrem Streben nach einem hohen *Beschäftigungsniveau* den deutschen Bestandsschutz zumindest weiter relativieren. Doch wird auch sie keine bestehenden Arbeitnehmerrechte abbauen, ist sie doch im Arbeits- und Sozialrecht aus rechtlichen (Art. 153 Abs. 2 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) wie politischen Gründen meist auf mindestharmonisierende Vorschriften beschränkt.

³⁴ Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 270 Rn. 2.

³⁵ Vgl. nur Jahn, Zur Ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes (2002), S. 166 ff.

b) Abfertigung nach österreichischem Vorbild

Die *Abfertigung* nach österreichischem Vorbild würde sicherlich auch hierzulande den Anreiz reduzieren, allein aus Abfindungsgründen gegen eine Kündigung zu klagen. Doch handelt es sich im Grunde um ein (teures und ausschließlich von Arbeitgebern finanziertes) Sozialversicherungssystem, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass Arbeitnehmer auch bei Eigenkündigung ihre Anwartschaft mitnehmen können.³⁶ Gesamtwirtschaftlich sinnvoll wäre ein Abfertigungssystem in Deutschland ohnehin nur, wenn im Gegenzug der Kündigungsschutz auf einen Diskriminierungs- und Fristenschutz zurückgebaut würde, was wohl politisch ausgeschlossen ist. Selbst ohne das Kündigungsschutzgesetz könnte jeder gekündigte Arbeitnehmer versucht sein, über das Antidiskriminierungsrecht und Treu und Glauben (§ 242 Bürgerliches Gesetzbuch) seine Kündigung anzugreifen und so eine Abfindung *neben* der Abfertigung – im Wege eines Vergleichs – herauszuschlagen.

c) Dispositiver Kündigungsschutz

Realistisch, wenn auch in naher Zukunft nicht absehbar erscheint es, den Bestandsschutz dispositiv zu stellen. Vorschläge, die *Arbeitsvertragsparteien* könnten doch selbst über den Bestandsschutz befinden, laufen indes auf dessen Abschaffung hinaus. Beim Abschluss des Arbeitsvertrages sind nur sehr wenige Arbeitnehmer in einer machtvollen Verhandlungsposition – die meisten müssen hingegen *nolens volens* unterschreiben, was ihnen vorgelegt wird.

Deshalb wird vorgeschlagen, man könnte Arbeitnehmern bei Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses ein gesetzliches Wahlrecht zwischen Kündigungs- und Abfindungsschutz einräumen.³⁷ Die Unsicherheit, wie sich Arbeitnehmer im Zweifel entscheiden, bliebe aber beim Unternehmer,

³⁶ Junker, 65. Deutscher Juristentag (2004), Gutachten B, S. 79.

³⁷ Vgl. Junker, 65. Deutscher Juristentag (2004), Gutachten B, S. 82 mit Nachweisen.

der gerade im Mittelstand bei Massentlassungen schnell wirtschaftlich überfordert wäre, wie er es jetzt schon mit dem Annahmeverzugsentgelt bei langen Kündigungsschutzprozessen ist.³⁸

Reizvoll scheint die Idee eines *tarifdispositiven* Kündigungsschutzes. Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände hätten in Tarifverhandlungen ein großes Interesse an diesem Verhandlungsposten und wären zu entsprechenden Zugeständnissen an anderer Stelle (Lohn, Arbeitszeit, Urlaub) bereit. Rechtspolitisch ist ein tarifdispositiver Kündigungsschutz gleichwohl wenig sinnvoll: In Zeiten von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen sind die Gewerkschaften nicht gerade prädestiniert, mehr Verantwortung zu tragen (»Tarif- oder Gewerkschaftsversagen«³⁹). Letztlich würden dann doch wieder die Tarifverträge des Deutschen Gewerkschaftsbundes für allgemeinverbindlich erklärt, und damit würde der Kündigungsschutz um seine (wenigstens dem Grunde nach) unmittelbare demokratische Legitimation gebracht. Hinzu kommt, dass Gewerkschaften ihren Mitgliedern den »Verkauf« von Bestandsschutz wohl nur schwer vermitteln können, so dass bei jeder Tarifrunde *mehr* Kündigungsschutz gefordert würde. Die Segmentierung des Arbeitsmarktes ginge also wohl kaum zurück.

Fazit

Tatsächlich möglich bleibt aus deutscher Kraft allein wohl nur eine (weitere) Erhöhung des Schwellenwertes des Kündigungsschutzgesetzes etwa auf 20 Arbeitnehmer im Betrieb, um den Mittelstand zu stärken.⁴⁰ Hingegen ist die EU in der tatsächlichen wie politischen Lage, die »atypischen« Beschäftigungsformen weiter arbeitnehmer- wie arbeitgeberfreundlich auszugestalten und von ihrem schlechten Ruf zu befreien, so dass sie von Unternehmen rechtssicher eingesetzt werden können – im Interesse eines hohen Beschäftigungsniveaus.

³⁸ Nachweise in Fn. 18.

³⁹ Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, Grundlagen Rn. 30, 188.

³⁷ Vgl. Junker, 65. Deutscher Juristentag (2004), Gutachten B, S. 82.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Alexander Graser

Universität Regensburg

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik

Universitätsstr. 31

93053 Regensburg

Zugleich Fellow der Hertie School of Governance

Friedrichstr. 180

10117 Berlin

Christine Kosanović

Universität Regensburg

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik

Universitätsstr. 31

93053 Regensburg

Dr. Werner Eichhorst

Stellvertretender Direktor Arbeitsmarktpolitik

Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit GmbH (IZA)

Schaumburg-Lippe-Straße 5-9

53113 Bonn

Dr. Clemens Latzel

Ludwig-Maximilians-Universität München

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Destouchesstr. 68

80796 München

