

Schettkat, Ronald

**Article — Published Version**

## Mehr Arbeit durch weniger Recht?

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Schettkat, Ronald (2003) : Mehr Arbeit durch weniger Recht?, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Springer, Heidelberg, Vol. 83, Iss. 4, pp. 225-229

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/42103>

### Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

### Terms of use:

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# Reform des Kündigungsschutzes

*In seiner Regierungserklärung vom 14. März hat Bundeskanzler Gerhard Schröder unter anderem auch eine Reform des Kündigungsschutzes angekündigt. Wie wirkt der Kündigungsschutz ökonomisch? Wie könnte er effizienter ausgestaltet werden? Wie sind die Vorschläge des Bundeskanzlers zum Kündigungsschutz aus Sicht des Arbeitsrechts zu bewerten?*

Jürgen Jerger

## Wie wirkt Kündigungsschutz?

**A**ngesichts der desolaten Lage auf dem deutschen Arbeitsmarkt – und der schlechten Ergebnisse der SPD bei den letzten Landtags- und Kommunalwahlen – scheint die Reformbereitschaft der Politik wieder etwas zuzunehmen. Zu den zahlreichen Maßnahmen, die Bundeskanzler Gerhard Schröder in seiner Regierungserklärung vom 14. März ankündigte, gehört auch eine gewisse Anpassung der Kündigungsschutzregelungen. Nach heftigen Protesten gegen weiterführende Vorschläge des Wirtschaftsministers Clement blieb die Regierungserklärung auf diesem Gebiet jedoch sehr vage. Es ist die Rede davon, den „Kündigungsschutz für Arbeitnehmer und Unternehmer besser handhabbar [zu] machen“, was insbesondere für „Kleinbetriebe mit mehr als fünf Mitarbeitern“ gelten soll. Darüber hinaus wird in der Regierungserklärung die Einführung einer wahlweisen Abfindungsregelung bei betriebsbedingten Kündigungen zugesagt – immerhin wäre das die Umsetzung einer schon seit langer Zeit von Arbeitsrechtlern und Ökonomen erhobenen Forderung.

Selbst diese nicht gerade revolutionär erscheinenden Änderungsabsichten sind jedoch sofort und erwartungsgemäß auf heftigen Widerspruch seitens der

Gewerkschaften gestoßen. Diese argumentieren – grob gesprochen –, dass eine Lockerung des Kündigungsschutzes zum einen gar nicht zur Schaffung neuer Arbeitsplätze führt und zum anderen einen massiven Abbau sozialstaatlicher Errungenschaften für die Beschäftigten darstellt. Somit wird der Kündigungsschutz in Deutschland als eine Institution gesehen, die ohne lästige Nebenwirkungen (d.h. mehr Arbeitslosigkeit) dem Sicherheitsbedürfnis der Arbeitnehmer entgegenkommt. Nicht weniger als den Status einer „kulturellen Errungenschaft“ billigt der Bundeskanzler dem Kündigungsschutz zu<sup>1</sup>. Und wer wollte eine solche schon aufgeben!

Auf der anderen Seite fordern Juristen, Ökonomen – und auch Arbeitslose<sup>2</sup> – schon seit längerer Zeit und nachdrücklich eine deutliche Lockerung der deutschen Kündigungsschutzregelungen. Dabei stellt natürlich niemand die generelle Wünschbarkeit von Beschäftigungssicherung für den Einzel-

nen in Frage. Die unerwünschten Nebenwirkungen werden aber doch von vielen als so gravierend angesehen, dass zumindest eine Neujustierung der Balance von Wirkung und Nebenwirkung gefordert wird.

### Problematisches Regelwerk

Kündigungsschutz in Deutschland ist eine äußerst komplexe Materie mit vier wichtigen Rechtsquellen: Diese sind die generellen Bestimmungen des BGB, das Kündigungsschutzgesetz, tarifvertragliche Regelungen und schließlich Gerichtsurteile.

Die Regelungen des § 622 BGB sehen dabei Kündigungsfristen vor, die von einem Monat nach zweijähriger Betriebszugehörigkeit bis zu sieben Monaten nach zwanzigjähriger Betriebszugehörigkeit reichen. Diese Bestimmungen werden wie auch konsensuale tarifvertragliche Vereinbarungen nicht als Problem wahrgenommen. Beschäftigungspolitisch problematisch sind hingegen vor allem die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes und des vor allem darauf aufbauenden Richterrechts. Ersteres führt die bekannten Schwellenwerte ein, oberhalb derer die Schutzbestimmungen gelten und die deshalb das Wachstum kleinerer Firmen hemmen können.

<sup>1</sup> „Der Kündigungsschutz, wie er zum Wesen unserer Sozialen Marktwirtschaft gehört, ist nicht nur eine soziale, sondern auch eine kulturelle Errungenschaft.“ Gerhard Schröder in seiner Regierungserklärung vom 14.3.2003.

<sup>2</sup> „Kündigungsschutz – nein danke!!“, so ein Teilnehmer im Internet-Forum des DGB [www.dgb.de](http://www.dgb.de) am 20.3.2003 mit dem Alias „Arbeitssuchender“.

Problematisch ist vor allem aber die Pflicht des entlassenden Arbeitgebers zur Sozialauswahl. Im Beitrag von Jahn/Schnabel in diesem Zeitgespräch wird auf die exorbitante Zahl von ca. 250 000 Gerichtsverfahren, die sich pro Jahr mit Kündigungsschutz befassen, hingewiesen. Selbst Juristen – die ja nicht im Generalverdacht stehen, Prozesse unbedingt vermeiden zu wollen – sprechen davon, „dass das Kündigungsschutzrecht ein gesetzesfremdes Eigenleben entwickelt hat“<sup>3</sup>.

Diese Situation bedingt sowohl für Spezialisten und sehr viel mehr noch für arbeitsrechtliche Laien einen hohen Grad an Rechtsunsicherheit. Es leuchtet unmittelbar ein, dass gerade kleinere Unternehmen, die nicht über eine spezialisierte Personalabteilung verfügen, in diesem Zustand ein erhebliches Einstellungshindernis sehen.

Es sollte im Grunde unter allen gesellschaftlichen Gruppen – auch den Gewerkschaften – Konsens darüber bestehen bzw. zu erzielen sein, dass dieser Rechtszustand nicht wünschenswert ist. Ein Recht, bei Entlassung aufgrund weicher und unklarer Normen zu prozessieren, hat nichts mit der Sicherung der materiellen Lebensgrundlagen abhängig Beschäftigter zu tun – und kann gewiss nicht den Status einer „kulturellen Errungenschaft“ für sich reklamieren. Von daher ist die Minimalforderung an den Gesetzgeber, eine klar – d.h. im Regelfall ohne Hilfe von Gerichten – erkennbare Schneise durch den rechtlichen Dschungel zu schlagen. Die Festlegung von klaren Abfindungsregelungen, wie z.B. vom Sachverständigenrat im jüngsten Jahresgutachten gefor-

dert, ist hier ein nahe liegender Ansatzpunkt<sup>4</sup>.

### Theoretische Wirkungen von Kündigungsschutz

Die gerade erhobene Forderung nach mehr Rechtssicherheit kommt ohne jegliche Antwort auf die Frage nach den eigentlichen Wirkungen von Kündigungsschutz aus. Wenn

man einen Schritt weitergeht, ist jedoch nach den theoretischen Auswirkungen des Kündigungsschutzes zu fragen, was in diesem Abschnitt getan werden soll; ich werde mich dabei weitgehend auf Argumente auf der makroökonomischen Ebene beschränken, da die eher mikroökonomisch orientierten Begründungen in dem Beitrag von Jahn/Schnabel genannt sind.

Kündigungsschutz hat zunächst die ganz offensichtliche Aufgabe, Entlassungen zu verhindern oder zumindest zeitlich hinauszuzögern. Damit ist klar, dass die Absicht zunächst einmal auf eine Stabilisierung und Weiterführung eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses zielt. Sowohl in der Rechtsprechung als auch bisweilen in der Argumentation von Gewerkschaftsvertretern wird nun häufig von der Vorstellung ausgegangen, dass die Existenz eines Arbeitsplatzes ein exogenes Datum ist, d.h. unabhängig beispielsweise von arbeitsrechtlichen Regelungen oder gar von Löhnen gesehen werden kann. In dieser Sichtweise ist völlig klar, dass jedes „gerettete“ Beschäftigungsverhältnis – also jede verhinderte Kündigung – ein Arbeitsplatz mehr ist.

Allerdings ist diese Sichtweise falsch: Eine durch den Kündigungsschutz erzielte geringere Entlassungswahrscheinlichkeit ist nicht identisch mit mehr Beschäftigung, sondern kann zu geringerer Beschäftigung führen, wenn dadurch auch die Einstellungswahrscheinlichkeit sinkt<sup>5</sup>. Rein saldenmechanisch lässt sich also die Frage nach dem Beschäftigungseffekt von Kündigungsschutzregelungen nicht entscheiden.

Die Autoren  
unseres Zeitgesprächs:

*Prof. Dr. Jürgen Jerger, 37, ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationale und Monetäre Ökonomie an der Universität Regensburg.*

*Dr. Elke J. Jahn, 37, ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit (IAB) und lehrt an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Sie vertritt hier ihre persönliche Meinung; Prof. Dr. Claus Schnabel, 42, ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsmarkt- und Regionalpolitik an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.*

*Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, 65, lehrt Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Passau und ist Gastprofessor an der Karls-Universität in Prag.*

*Prof. Dr. Ronald Schettkat, 48, lehrt als Full-Professor Wirtschaftswissenschaften an der Universität Utrecht, Niederlande.*

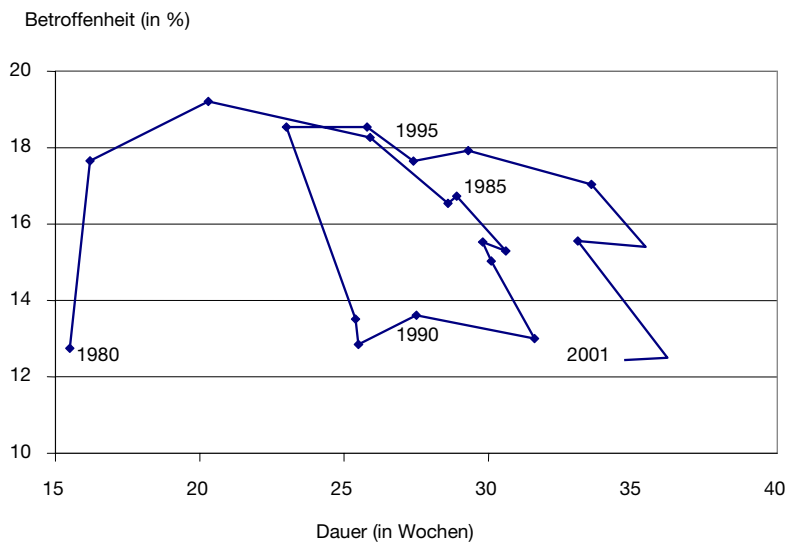
*Prof. Dr. Dieter Reuter, 62, ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschafts- und Steuerrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.*

<sup>3</sup> B. Rütters: Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? – Am Beispiel des Kündigungsschutzrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1998, Heft 20, S. 1433.

<sup>4</sup> Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: Jahresgutachten 2002/03, Stuttgart 2002, Tz. 471.

<sup>5</sup> Vgl. O. Landmann, J. Jerger: Beschäftigungstheorie, Heidelberg 1999, S. 51 ff. für die Darstellung eines allgemeinen Modellrahmens.

### Betroffenheit und Dauer von Arbeitslosigkeit (Westdeutschland, 1980 bis 2001)



Quelle: IAB Zahlenfibel, Nürnberg 2002, Übersicht 3.2.2.

Daher liegt es nahe, den weithin anerkannten arbeitsmarkttheoretischen Rahmen des so genannten Lohnsetzungs-Preissetzungs-Modells heranzuziehen<sup>6</sup>. In diesem Modell werden Beschäftigungsgrad und Reallohnhöhe durch das Lohnsetzungsverhalten der Tarifparteien und das Preissetzungsverhalten der Unternehmen erklärt. Mindestens die folgenden Effekte sind hier zu berücksichtigen: Zum einen erhöht Kündigungsschutz aus der Sicht der Unternehmen die Kosten der Beschäftigung – quasi die implizite Versicherungsprämie für den gewährten Schutz. Dies wiederum führt dazu, dass Unternehmen bei der Einstellungsentscheidung zurückhaltender sind, mithin also die Einstellungswahrscheinlichkeit für Arbeitssuchende sinkt. Per se erhöht dies die Arbeitslosigkeit im Durchschnitt.

Genau dies hat nun aber potentiell Rückwirkungen auf die Lohnverhandlungen. Gewerkschaften könnten nämlich auf eine geringere Wahrscheinlichkeit der Einstellung für Arbeitssuchende mit reduzierten Lohnforderungen reagieren, um den ersten Effekt wettzumachen. Über diesen zweiten Wirkungskanal würden faktisch die Kosten des Kündigungsschutzes ganz oder teilweise überwältigt werden und damit beschäftigungsneutral sein können.

Drittens kann man sich vorstellen, dass die stärkere Zurückhaltung bei Einstellungen zu besseren „matches“ zwischen Arbeitsplätzen und Arbeitssuchenden führt<sup>7</sup>. Dies wiederum erhöht die Produktivität und damit den Verteilungsspielraum, der für Lohnerhöhungen oder eine Beschäftigungsausweitung zur Verfügung steht. Es gäbe durchaus noch andere Effekte mit jeweils unterschiedlichen Vorzeichen – die Ermittlung eines Nettoeffekts ist allein aufgrund theoretischer Überlegungen aber nicht möglich. Daher muss nun noch ein Blick auf die Daten erfolgen.

<sup>6</sup> Eine Diskussion diverser Arbeitsmarktregulierungen in diesem Modellrahmen bietet J. Jerger: Arbeitsmarktregulierungen und Beschäftigung. Zu den Effekten staatlich zugeleiteter Verfügungsrechte an Arbeitsplätzen, in: T. Apolte, U. Vollmer (Hrsg.): Arbeitsmärkte und soziale Sicherungssysteme unter Reformdruck, Stuttgart 2002.

### Empirische Evidenz

Wohl nicht zuletzt aufgrund der schwierigen Quantifizierbarkeit des Phänomens „Kündigungsschutz“ sind eindeutige empirische Befunde zum Zusammenhang zwischen entsprechenden Regelungen auf der einen Seite und Beschäftigung bzw. Arbeitslosigkeit auf der anderen Seite trotz zahlreicher Forschungsbemühungen Mangelware. Bevor auf die zur Verfügung stehende Evidenz eingegangen wird, zeigt die Abbildung zunächst einmal die Aufspaltung der Arbeitslosenquote in Dauer- und Betroffenheit für Westdeutschland über den Zeitraum von 1980 bis 2001<sup>8</sup>.

Entlang der vertikalen Achse ist die Relation der Zugänge in die Arbeitslosigkeit zu den abhängigen Erwerbspersonen abgetragen – also ein Maß für die Wahrscheinlichkeit, innerhalb eines Jahres in die Arbeitslosigkeit zu wechseln, während entlang der horizontalen Achse die durchschnittliche Dauer, die eine arbeitslos gewordene Person in diesem Status verbringt, zu sehen ist.

Der Befund zeigt, welche Gruppe wirklich schützenswert ist: Die Situation der Beschäftigten hat sich paradoxerweise nicht verschlechtert, da trotz der gestiegenen Arbeitslosigkeit die Wahrscheinlichkeit, arbeitslos zu werden, 2001 mit 12,4% praktisch das gleiche Niveau aufwies wie 1980 (12,7%). Vielmehr hat sich

<sup>7</sup> Vgl. dazu H. Entorf: Mengen- versus qualitätsorientiertes Matching, Kündigungsschutz und Arbeitslosenversicherung, in: ifo-Studien, 3/2000, S. 355-367.

<sup>8</sup> Eine Arbeitslosenquote von x% kann immer dadurch zustande kommen, dass die immer gleichen x% der Erwerbspersonen dauerhaft arbeitslos sind, oder aber dass alle Erwerbspersonen x% der Zeit arbeitslos sind. Wenn die Zeiten der Arbeitslosigkeit der Einzelpersonen voneinander unabhängig sind, führt auch Letzteres zu einer aggregierten Arbeitslosenquote von x%. Natürlich ist auch jedes Szenario dazwischen möglich. Die Abbildung zeigt, dass wir in Deutschland eher in der Nähe des ersten Extremfalls sind.

das Schicksal der Arbeitslosen dramatisch verschlechtert. 1980 musste sich ein gerade Entlassener auf durchschnittlich 15,5 Wochen Arbeitslosigkeit einstellen, während 2001 mit 34,7 Wochen eine mehr als doppelt so lange Durststrecke im statistischen Mittel zurückzulegen war. Mit etwas Zynismus kann man das natürlich durchaus als einen Erfolg des Kündigungsschutzes ansehen. Selbst bei Zweifeln über die Wirksamkeit für die Beschäftigung insgesamt, scheint aber eine Balanceverlagerung zugunsten der Chancen der Arbeitslosen dringend angezeigt<sup>9</sup>.

Der oft zitierte Befund eines unklaren Zusammenhangs zwischen Kündigungsschutz und Beschäftigung bzw. Arbeitslosenquote basiert vor allem auf den für die OECD zusammengestellten Indices für den Beschäftigtenschutz<sup>10</sup>. Immerhin geben diese Querschnittsdaten her, dass stärkerer Kündigungsschutz mit einer Zunahme der Langzeitarbeitslosigkeit einhergeht. Von daher ergibt sich hier ein – wenn auch schwacher – Hinweis auf negative Folgeerscheinungen von Kündigungsschutz.

Zwei alternative empirische Vorgehensweisen kommen jedoch zu deutlich schärferen Ergebnissen. Zum einen kann anstelle des summarischen OECD-Index

mit spezifischeren Maßen gearbeitet werden. In der klassischen Studie von Edward Lazear wurde beispielsweise gezeigt, dass im internationalen Vergleich höhere Abfindungszahlungen mit niedrigeren Beschäftigungsquoten und höheren Arbeitslosenquoten einhergehen. Spätere Studien wiesen insbesondere auf die unterschiedlichen Wirkungen für diverse Gruppen auf dem Arbeitsmarkt hin. Während die ohnehin bevorzugten Gruppen (prime age males) von Kündigungsschutz eher profitieren, leiden andere Gruppen unter den negativen Nebenwirkungen<sup>11</sup>. Daraus folgt, dass Kündigungsschutz gerade denen schadet, die besonders schützenswert sind und damit zu adversen Verteilungswirkungen führt.

Zum anderen erhielt die Idee von Komplementaritäten bzw. Interaktionseffekten stärkere Beachtung, wobei hier zwei Dimensionen zu unterscheiden sind. Die erste Dimension betrifft Interaktionen zwischen verschiedenen institutionellen Merkmalen; beispielsweise könnte die adverse Wirkung von Kündigungsschutz umso stärker ausfallen, je höher die Steuern auf den Faktor Arbeit ausfallen, da in diesem Fall der Kostenaspekt noch stärker ins Gewicht fällt. Eine Studie für 18 OECD-Länder mit Daten für den Zeitraum von 1960-1995 belegt die empirische Bedeutung von solchen Interaktionseffekten unter anderem auch für den Kündigungsschutz<sup>12</sup>. Selbst in einem multivariaten Modell scheint also die Schätzung eines isolierten Effekts zu gering auszufallen. Eine zweite Dimension von Kom-

plementaritäten kann zwischen makroökonomischen Schocks und Institutionen auftreten.

Eine wiederum für die OECD-Länder durchgeführte empirische Studie zeigte, dass die Erklärung internationaler und intertemporaler Unterschiede von Arbeitslosenquoten weder durch adverse makroökonomische Schocks noch durch einen Blick auf die Institutionen gelingt, dass aber die Interaktion zwischen Schocks und Institutionen die stilisierten Fakten der Arbeitslosigkeit über die OECD-Länder recht ordentlich zu erklären vermag<sup>13</sup>. Auch diese Evidenz zeigt, dass einfache Korrelationen zwischen Kündigungsschutz und Arbeitsmarktergebnissen die negativen Auswirkungen weitgehend maskieren. Anders gesagt: Ein Abbau von Kündigungsschutz könnte zu deutlich erfreulicheren Wirkungen führen, als die Ergebnisse in der eingangs dieses Abschnitts genannten OECD-Studie dies vermuten lassen – gerade auch im Verbund mit weiteren Reformen in der Arbeitsmarktpolitik.

Ein letzter Punkt hinsichtlich der empirischen Evidenz muss noch genannt werden. Vor allem Gewerkschaftsvertreter weisen gerne darauf hin, dass die Anhebung des Schwellenwerts von fünf auf zehn Beschäftigte zwischen 1996 und 1998 nichts gebracht habe und daher auch ein neuerlicher Anlauf überflüssig sei. Diese Schlussfolgerung ist aus zwei Gründen falsch. Auf der einen Seite sind zwei Jahre

<sup>9</sup> Für Ostdeutschland ergibt sich allerdings ein anderer Befund. Zwischen 1991 und 2001 stieg die Betroffenheit von 14,1% auf 25,1%, während die durchschnittliche Dauer der Arbeitslosigkeit sich auf hohem Niveau kaum veränderte. Dies spricht allerdings nicht gegen die obigen Überlegungen, sondern für eine eher beschränkte Rolle der Kündigungsschutzproblematik für die spezifisch ostdeutsche Arbeitsmarktproblematik.

<sup>10</sup> Vgl. OECD: Employment Outlook, Paris 1999; sowie S. Nickell, R. Layard: Labor Market Institutions and Economic Performance, in: O. Ashenfelter, D. Card (Hrsg.): Handbook of Labor Economics, Vol. 3, 1999, S. 3029-3084. Einen neueren Überblick über das Thema gibt U. Walwei: Labour Market Effects of Employment Protection, IAB Labour Market Research Topics, Nr. 48, 2002.

<sup>11</sup> Vgl. E. Lazear: Job Security Provisions and Employment, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 105, 1990, S. 699-726. Einen neueren Überblick über diesen Literaturzweig geben J. Addison, P. Teixeira: The Economics of Employment Protection, IZA Discussion Paper Nr. 381, Oktober 2001.

<sup>12</sup> Siehe M. Belot, J. van Ours: Does the Recent Success of Some OECD Countries in Lowering Their Unemployment Rates Lie in the Clever Design of Their Labour Market Reforms?, Center for Economic Research, Tilburg University, Discussion Paper Nr. 40, April 2000.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu O. Blanchard, J. Wolfers: The Role of Shocks and Institutions in the Rise of European Unemployment: The Aggregate Evidence, in: Economic Journal, Vol. 110, März 2000, S. C1-C33.

für nachhaltige Verhaltensanpassungen nicht gerade sehr viel Zeit, zumal alle bereits Beschäftigten auch nach der Änderung 1996 Bestandsschutz genossen und die Kehrtwendung im Wahlkampf 1998 von der SPD angekündigt wurde und damit eine gute Zeit vor der Gesetzesänderung bereits als Möglichkeit antizipiert werden konnte. Auf der anderen Seite zeigen die Daten des IAB-Betriebspanel, dass in diesen beiden Jahren in den betroffenen Betrieben mit zwischen sechs und zehn Mitarbeitern die Bedeutung befristeter Arbeitsverträge zurückging – also durchaus mehr dauerhafte Stellen entstanden<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Siehe B. Boockmann, T. Hagen: The Use of Flexible Working Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel, ZEW Discussion Paper 01-33, 2001.

### Schlussfolgerungen

Die hier genannten Argumente und Fakten führen zu zwei Folgerungen bzw. wirtschaftspolitischen Forderungen. Zum einen ist der Gesetzgeber gefragt, im Bereich des Kündigungsschutzrechts für ein deutlich höheres Maß an Rechtssicherheit zu sorgen. Die nur allzu realistische Aussicht auf potentiell langwierige und kostenintensive Prozesse ist mit Sicherheit ein wenn auch nur schwer quantifizierbares Einstellungshindernis, das niemand wünschen kann. Zum anderen spricht die verfügbare Evidenz – bei allen theoretischen und auch empirischen Unwägbarkeiten eines Phänomens mit vielen Facetten – letzten Endes doch für einen negativen Beschäftigungseffekt restriktiver Kündigungsschutzregelungen.

Man kann vor diesem Hintergrund dann natürlich und legitimerweise die Frage stellen, ob man nun den Interessen der Beschäftigten oder denen der Arbeitslosen eine höhere Priorität einräumt. Dies ist eine Entscheidung, die von der Politik getroffen werden muss.

Angesicht der Tatsache, dass dem Anstieg der Arbeitslosigkeit in den letzten 20 Jahren vor allem eine Verlängerung der durchschnittlichen Dauer der Arbeitslosigkeit zugrunde lag und praktisch kaum eine Erhöhung der Entlassungswahrscheinlichkeit für die Beschäftigten, sprechen aber neben Effizienzüberlegungen auch Verteilungsaspekte dafür, die Balance zugunsten der Arbeitslosen zu verschieben und damit eine Lockerung des Kündigungsschutzes anzustreben.

Elke J. Jahn, Claus Schnabel

## Bestandsschutz durch Abfindungen: Höhere Rechtssicherheit und Effizienz

**Z**iel des Kündigungsschutzes ist es, die Arbeitnehmer vor einer ungerechtfertigten und kurzfristigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu schützen. Allerdings schlägt die gut gemeinte Tat des Gesetzgebers ins Gegenteil um, wenn dadurch die Beschäftigung geschützter Arbeitnehmer nicht mehr rentabel ist. Unternehmen, die heute investieren und einstellen sollen, ziehen in Betracht, ob bzw. zu welchem Preis sie Personal auch wieder abbauen können. Der Bestandsschutz beschränkt die betrieblichen Handlungsalternativen, und die Firmen können ihre Personalanpassungskosten oft kaum mehr kalkulieren.

Das deutsche Kündigungsschutzgesetz, das seit 1951 gilt, hebt die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers grundsätzlich auf. Allerdings wirkt der Kündigungsschutz nicht automatisch, sondern zwingt die Arbeitnehmer bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit einer Kündigung geradezu vor Gericht<sup>1</sup>. Im Jahr 2001 haben die deutschen Arbeitsgerichte 256 000 Kündigungsschutzklagen erledigt, hinzu kamen ca. 10 000 Berufungsverfahren vor den Landesarbeitsgerichten. Die Verfahrensdauer betrug in erster Instanz im Jahr 2001 bei 31% der Klagen mehr als drei Monate und

<sup>1</sup> Vgl. hierzu G. von Hoyningen-Huene, R. Linck: Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, München 2002.

bei 12% der erledigten Klagen sogar mehr als ein halbes Jahr.

Rund 18% aller beendeten Arbeitsverhältnisse wurden durch den Arbeitgeber aufgelöst. Nimmt man die Zahl der erledigten Kündigungsschutzklagen als Indikator für die Zahl der Entlassungen, die vor Gericht ausgetragen werden, und setzt sie in das Verhältnis zu den arbeitgeberseitigen Kündigungen, erhält man einen Eindruck vom Anteil der Entlassungen, die letztlich vor den Arbeitsgerichten landen. Zwischen 1992 und 2001 ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Kündigung rechtliche Folgen hatte, stetig gestiegen und hat im Jahr 2001 einen Wert von ca. 27%

erreicht. Setzt man die Zahl der Klagen in das Verhältnis zu den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten im Jahr 2001, so zeigt sich, dass pro Jahr ca. 0,9% oder rund einer von 100 Arbeitnehmern klagen.

Dabei enden in Deutschland ca. 75-80% aller Kündigungsschutzklagen zu Gunsten der Arbeitnehmer. Allerdings führt dies im Normalfall nicht zu einer Wiedereinstellung, sondern zur Gewährung einer Abfindung. Rechnet man zu den auf dem Klageweg erstrittenen Abfindungsbeträgen, die nach einer Faustregel rund ein halbes Monatsentgelt pro Jahr Betriebszugehörigkeit betragen, noch sechs bis zwölf Monatsentgelte bis zur rechtskräftigen Entscheidung in erster oder zweiter Instanz hinzu, kann das für die Firmen eine Zahlung von einem Jahresgehalt oder mehr bedeuten. Hinzu kommt, dass mit dem Verlust des Arbeitsplatzes nicht nur private Kosten bei den Arbeitsvertragsparteien verbunden sind, sondern auch soziale Kosten in Form von Arbeitslosenunterstützung und aktiver Arbeitsmarktpolitik, da das herrschende Kündigungsschutzgesetz für Arbeitnehmer keine Anreize setzt, während der Klage nach einer neuen Stelle Ausschau zu halten.

Vor dem Hintergrund dieser Zahlen scheint das bestehende Kündigungsschutzgesetz ein aufwändiges Instrument zu sein, das nicht geeignet ist, die so dringend benötigte Planungs- und Rechtssicherheit der Unternehmen zu gewährleisten. Bevor man jedoch eine Fundamentalreform des Kündigungsschutzes fordert, sollte man überprüfen, was ein Kündigungsschutz aus ökonomischer Perspektive leisten kann und welche Folgen ein stringenter Kündigungsschutz haben kann.

### Warum (k)ein Kündigungsschutz?

Aus dem Blickwinkel der Fürsprecher des Kündigungsschutzes belegt eine Vielzahl von Argumenten die Notwendigkeit des Kündigungsschutzrechts<sup>2</sup>. Demnach ist es primäres Ziel des Kündigungsschutzes, den Arbeitnehmer vor willkürlicher Entlassung zu schützen. Arbeitnehmer müssen bei Entlassungen mit hohen Mobilitätskosten rechnen, da sie meist an ihr soziales Umfeld und ihr unveräußerliches betriebsspezifisches Humankapital gebunden sind.

Ferner betonen Befürworter die Verminderung der Vertragskosten als positive Folge der Festlegung allgemeingültiger Regeln und standardisierter Rechtsverfahren im Falle von Entlassungen. Hervorgehoben wird auch, dass eine höhere Beschäftigungssicherheit das Vertrauen und die Kooperationsbereitschaft der Vertragsparteien stärkt, die Bereitschaft unterstützt, Investitionen in firmenspezifisches Humankapital vorzunehmen, und die Identifikation mit den Betriebszielen fördert.

Überdies sollen die Schutzvorschriften dem von einer Entlassung bedrohten Arbeitnehmer die Möglichkeit bieten, sich rechtzeitig eine neue Beschäftigung zu suchen. Auf diese Weise – so das Argument – stabilisiert der Kündigungsschutz die Beschäftigung über den Konjunkturzyklus und die friktionelle Arbeitslosigkeit sinkt. In der Rezession horten die Firmen Arbeitskräfte und greifen auf Methoden der Kurzarbeit zurück. Hiermit reduzieren die Firmen nicht nur ihre Entlassungskosten, sondern erhal-

ten auch das firmenspezifische Humankapital der Stammbeslegschaft.

Auf der anderen Seite beschränkt der Kündigungsschutz jedoch die betrieblichen Handlungsalternativen und belegt sie mit Kosten, zu denen neben Abfindungszahlungen auch Gerichts- und Weiterbeschäftigungskosten sowie Kosten gehören, die durch die gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungsfristen, Sozialpläne oder Lohnfortzahlungen geschützter Personengruppen hervorgerufen werden.

Auf diese Weise sinkt die Einstellungsbereitschaft der Unternehmen im Konjunkturaufschwung und führt dazu, so die Kritiker des Kündigungsschutzes, dass die Firmen auf die steigende Nachfrage nicht mit Neueinstellungen, sondern mit Rationalisierungsmaßnahmen und Überstunden reagieren. Die qualitative Umsetzung des Strukturwandels durch neue Produktionstechnologien und Organisationsreformen unterbleibt, da sich die Belegschaft durch Entlassungen und Neueinstellungen nicht an die neuen Qualifikationsvoraussetzungen anpassen kann. Der Wechsel von Arbeitskräften aus den niedergehenden Branchen in aufsteigende Industriezweige wird reduziert. Der Anteil neuer Begabungen, Fähigkeiten und neuer Ideen sinkt und die Flexibilität der Betriebe nimmt ab. Diese technologischen und organisatorischen Flexibilitätsdefizite senken die internationale Wettbewerbsfähigkeit und infolgedessen die gesamtwirtschaftliche Beschäftigung.

Ferner differenziert der auf distributive Gerechtigkeit bedachte Wohlfahrtsstaat den Bestandschutz in der Regel nach Personenmerkmalen, die eine besondere Schutzwürdigkeit besitzen. Dieser spezielle Gruppenschutz erzeugt

<sup>2</sup> Eine ausführliche Darstellung der Argumente für und gegen einen allgemeinen Kündigungsschutz findet sich bei E. Jahn: Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes – Volatilität der Arbeitsnachfrage und duale Arbeitsmärkte, Berlin 2002.

jedoch eine im Durchschnitt längere Dauer der Arbeitslosigkeit, z.B. bei jüngeren Frauen, Jugendlichen, Behinderten und älteren Arbeitnehmern, die einen besonderen Kündigungsschutz genießen oder durch die Kriterien der Sozialauswahl besonders geschützt sind.

Schließlich wird betont, dass die vom staatlichen Kündigungsschutz hervorgerufenen Entlassungskosten die Verhandlungsmacht der Arbeitsplatzbesitzer stärken. Infolgedessen können die Insider einen Lohn durchsetzen, der über dem markträumenden liegt, ohne von den Jobsuchern unterboten zu werden. Der Kündigungsschutz hat auch über diesen Kanal eine beschäftigungssenkende Wirkung.

Stellt man die Argumente für und gegen einen allgemeinen Kündigungsschutz gegenüber, kommt man also keineswegs zu einem theoretisch eindeutigen Ergebnis. Aber auch empirisch bleibt die Wirkung des Kündigungsschutzes eine umstrittene Frage.

### Empirische Erkenntnisse

Um die Stringenz des Kündigungsrechts international zu vergleichen, hat die OECD nationale gesetzliche Vorschriften für die 80er und 90er Jahre, die Entlassungen regeln, ausgewertet und die Länder nach ihrer Regulierungsdichte klassifiziert<sup>3</sup>. Deutschland verfügt danach über einen relativ strengen Kündigungsschutz. Dabei sind nicht die Abfindungsbeträge im Falle einer Kündigung die Ursache für das Abschneiden Deutschlands, sondern die vergleichsweise aufwendigen prozeduralen Verfahrensvorschriften und die durch Gesetz verfügte Aufhebung der Kündigungsfreiheit, wozu auch die Klagemöglichkeit auf Weiterbeschäftigung gehört. Die so von der OECD erarbeiteten

Indices für die Stringenz des Kündigungsschutzes bilden die Grundlage, auf der die Leistungsfähigkeit der Arbeitsmärkte in vielen neueren Untersuchungen analysiert wird<sup>4</sup>.

Die meisten ökonomischen Analysen für die OECD-Länder können bislang keinen signifikanten Einfluss des Kündigungsschutzes auf die aggregierte Arbeitslosenquote und den Jobturnover nachweisen. Auch die These, dass der Kündigungsschutz die aggregierte Beschäftigung in einer Volkswirtschaft senkt, lässt sich empirisch nicht eindeutig bestätigen. Demgegenüber ist der Einfluss des staatlichen Kündigungsschutzes auf die Dauerverteilung der Arbeitslosigkeit in fast allen empirischen Untersuchungen eindeutig. Ein stringenter Kündigungsschutz, wie er in Deutschland vorherrscht, senkt den Zustrom in den Pool der Arbeitslosen, allerdings nehmen auch die Abgänge aus der Arbeitslosigkeit signifikant ab. Die Folge ist, dass mit der Stringenz des Kündigungsschutzes der Anteil der Langzeitarbeitslosen zunimmt und die durchschnittliche Dauer der Arbeitslosigkeit steigt.

Nickell u.a. haben ferner den Einfluss des Kündigungsschutzes auf die Beveridgekurve untersucht, die Auskunft gibt über die Effizienz, mit der offene Stellen und Arbeitslose zusammen finden<sup>5</sup>. Zunächst ist überraschend, dass ein stringenter Kündigungsschutz die Matching-Effizienz sogar zu erhöhen scheint. Die Autoren vermuten, dass die Personalauswahl in Ländern mit rigidem Kündigungsschutz sorgfältiger ist als in Ländern mit liberalem Kündigungsrecht, denn

eine Fehlentscheidung der Personalverantwortlichen hat in Ländern mit stringenter Kündigungsschutz schwerwiegendere Folgen. Ferner bestätigt die empirische Analyse, dass der Kündigungsschutz die realen Arbeitskosten in die Höhe treibt.

Betrachtet man die Situation in Deutschland genauer, so stellt sich die Frage, ob kleine Unternehmen aufgrund der Entlassungskosten bewusst darauf verzichten, über die Schwelle von mehr als fünf Beschäftigten zu wachsen, ab der das Kündigungsschutzgesetz erst gilt. Unternehmensbefragungen deuten darauf hin, dass solche Überlegungen eine Rolle spielen und den Beschäftigungsaufbau hemmen. Ökonometrische Analysen mit Daten des IAB-Betriebspanels stellen einerseits fest, dass sich das Einstellungsverhalten von Betrieben an der Schwelle des Kündigungsschutzgesetzes nicht signifikant von dem in Betrieben unmittelbar vor oder hinter dieser Schwelle unterscheidet (wobei allerdings mögliche Ausweichreaktionen wie verstärkte Überstunden nicht untersucht werden konnten)<sup>6</sup>. Andererseits scheint die von 1996 bis 1998 gültige Anhebung der Gesetzesschwelle auf mehr als zehn Beschäftigte nicht ohne Wirkung geblieben zu sein: In dieser Zeit ging in Betrieben mit sechs bis zehn Mitarbeitern, die nicht mehr unter den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fielen, der Einsatz von befristeten

<sup>3</sup> Vgl. S. Nickell, L. Nunziata, W. Ochel, G. Quintini: The Beveridge Kurve, Unemployment and Wages in the OECD from the 1960s to the 1990s, CEP Discussion Paper Nr. 502, London School of Economics, London 2001.

<sup>3</sup> OECD: Employment Outlook, Paris 1999.

<sup>4</sup> Ein umfassender Überblick über empirische Studien, die den Einfluss des Kündigungsschutzes auf makroökonomische Indikatoren untersuchen, sowie eine Diskussion der Ergebnisse findet sich bei E. Jahn, a.a.O.

<sup>6</sup> Vgl. J. Wagner, C. Schnabel, A. Kölling: Wirken Schwellenwerte im deutschen Arbeitsrecht als Bremse für die Arbeitsplatzschaffung in Kleinbetrieben?, in: D. Ehrig, P. Kalmbach (Hrsg.): Weniger Arbeitslose – aber wie?, Marburg 2001.

Beschäftigungsverhältnissen signifikant zurück<sup>7</sup>.

### Effizienter Kündigungsschutz

Die theoretischen Argumente und empirischen Untersuchungen geben wenig eindeutige Hinweise darauf, inwieweit eine Reform des Kündigungsschutzes die Arbeitslosigkeit senken oder die Beschäftigung erhöhen könnte. Allerdings ist vor dem Hintergrund, dass in Deutschland der Anteil der Langzeitarbeitslosen rund ein Drittel beträgt und dass der Kündigungsschutz zu einem kostenträchtigen, für die Unternehmen nicht kalkulierbaren Abfindungshandel mutiert ist, eine grundlegende Neuordnung des Kündigungsschutzrechts unabdingbar.

Die Diskussion über eine Reform des Kündigungsschutzes wird seit einiger Zeit mit großer Intensität geführt. Entsprechend variantenreich und kontrovers sind die Reformvorschläge, die allerdings mit Blick auf die Geschichte des deutschen Kündigungsschutzrechtes nach dem ersten Weltkrieg keine grundsätzlich neuen Ideen und Rechtsregeln beinhalten. Auf politischer und juristischer Seite ist ein Trend zu beobachten, Abfindungszahlungen vor allem bei betriebsbedingten Kündigungen zur Pflicht zu machen. Noch vor wenigen Jahren war dies grundsätzlich anders, als neben der Politik und den Gewerkschaften auch die überwiegende Mehrheit der Juristen das Prinzip des Bestandsschutzes bedingungslos verteidigt haben.

Welche Funktion hat aus dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse ein staatlicher Kündigungsschutz<sup>8</sup>? Um die Funktion

des Schutzrechts zu untersuchen, ist es zunächst nützlich, zwischen *exogenen* und *endogenen* Kündigungsgründen zu unterscheiden.

*Exogene* Kündigungsgründe resultieren aus Nachfragezyklen sowie technischem Fortschritt und münden in *betriebsbedingten* Kündigungen. Die gewinnmaximierende Firma verfolgt das Ziel, ihre Betriebsgröße an die exogenen Schocks anzupassen und spricht aus diesem Grund betriebsbedingte Kündigungen aus. Jedoch zielt das Bestandsschutzprinzip des staatlichen Kündigungsschutzrechts auf den Ausgleich der Imparität zwischen den Vertragsparteien und – nach einer häufig vorgetragenen These – auf die Sicherung der Arbeitsplätze. Zu diesem Zweck erhöht das Schutzrecht die Kosten der quantitativen Anpassungsstrategie und gibt den Firmen einen Anreiz, auf nicht regulierte Anpassungsstrategien auszuweichen. Die hohen Überstunden, die man in Deutschland seit langem beklagt, sind ein Indiz dafür, dass die optimale Belegschaftsstärke ohne den Einfluss des Bestandsschutzprinzips größer wäre als im vorherrschenden Rechtsrahmen. Die Beseitigung des Bestandsschutzes würde dieser These zur Folge zu einem Wachstum der optimalen Betriebsgröße und damit zu einer höheren Beschäftigung beitragen.

Daher sollte man erwägen, für das Spektrum der exogenen Kündigungsgründe das Bestandsschutzprinzip durch das Abfindungsprinzip zu ersetzen. Abfindungen beeinflussen zwar ebenfalls die relativen Kosten der Nutzung der quantitativen und der zeitlichen Anpassungsstrategie zugunsten der letzteren.

Trotzdem sind Abfindungen das flexiblere Instrument, das auch im Fall betriebsbedingter Kündigungen Planungs- und Rechtssicherheit mit Bezug auf die Variation der Betriebsgröße verschafft.

*Endogene* Kündigungsgründe resultieren aus dem Verhalten oder den persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers. Kündigungen führen in diesem Fall nicht zu einer Anpassung der Betriebsgröße, sondern zum Ersatz eines Arbeitnehmers durch einen aus dem Blickwinkel der Geschäftsführung besser geeigneten. Da verhaltens- und personenbedingte Kündigungen dem Risiko opportunistischen Verhaltens durch die Geschäftsführung ausgesetzt sind und eine Verifikation der Kündigungsgründe durch Dritte durch die Natur der Gründe außerordentlich erschwert wird, kann das Bestandsschutzprinzip den Arbeitnehmer vor willkürlichen Kündigungen womöglich besser schützen als das Abfindungsprinzip. Die Rangordnung der Prinzipien ist allerdings auch in diesem Fall keineswegs eindeutig. Denn auch beim Abfindungsprinzip kann die Höhe der Abfindung dazu führen, dass gewinnmaximierende Unternehmen auf verhaltens- oder personenbedingte Kündigungen verzichten. Bestandsschutz ist in diesem Fall die erwünschte Folge eines ökonomisch effizienten Schutzrechts, da er die kostenminimale Anpassungsstrategie ist. Aus dem Blickwinkel der ökonomischen Theorie scheint es daher auch im Fall endogener Kündigungsgründe keinen prinzipiellen Einwand gegen das Abfindungsprinzip zu geben.

### Eckpunkte einer Reform

Eine Reform des Kündigungsschutzrechts sollte für die Parteien des Arbeitsvertrages Anreize erzeugen, einen effizienten Anpassungspfad zu wählen. Das

<sup>7</sup> Vgl. B. Boockmann, T. Hagen: The Use of Flexible Working Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel, ZEW Discussion Paper Nr. 01-33, Mannheim 2001.

<sup>8</sup> Eine ausführlichere Diskussion findet sich bei E. Jahn: Warum ein staatlicher Kündigungsschutz – warum ganz anders als heute?, in: Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften, Bd. 53 (2002), Heft 2, S. 142-160.

Recht darf daher keine speziellen Anpassungsstrategien wie etwa die einseitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Abfindung verbieten und andere wie die selektive Anpassung in Gestalt der Sozialauswahl vorschreiben. Das Gesetz sollte lediglich für die Verteilung der Informations- und Beweispflichten Vorsorge treffen und muss dabei seine Bestimmungen so setzen, dass die Informations- und Rechtskosten minimiert werden.

Hierzu ist eine einheitliche Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts wünschenswert, die dem Arbeitgeber ein freies Kündigungsrecht gegen Abfindung zuerkennt, die Rechtsdurchsetzungskosten senkt und so die erwarteten Kündigungskosten für beide Parteien kalkulierbar macht.

Dabei kann das Kündigungsrecht als Wahlrecht ausgestaltet werden. Der Arbeitgeber hat die Wahl, einerseits ordentlich zu kündigen und wie bisher auf die Zahlung einer Abfindung zu verzichten. Einigen sich die Parteien nicht oder hat der Arbeitnehmer Zweifel

an der Rechtmäßigkeit der Kündigung, steht ihm zunächst der Weg zur Schiedsstelle und dann der Gerichtsweg offen. Andererseits sollte dem Arbeitgeber ermöglicht werden, den Arbeitnehmer jederzeit unter Einhaltung der Kündigungsfrist gegen eine Abfindung zu entlassen. Eine Begründungspflicht entsteht in diesem Falle nicht. Das Prinzip der Kündigungsfreiheit ist wieder gewährleistet.

Aus ökonomischer Perspektive sollte die Abfindung in Höhe des tatsächlichen Kündigungsschadens bemessen sein. Allerdings ist es mit Rücksicht auf Informationsasymmetrien für beide Parteien nicht ohne weiteres möglich, sich zum Kündigungszeitpunkt einen Eindruck von der tatsächlichen Höhe des Kündigungsschadens zu verschaffen. Ferner verursachen individualvertragliche Abfindungsrechte mitunter hohe Verhandlungskosten. Gerade deshalb kann es auch aus dem ökonomischen Blickwinkel sinnvoll sein, eine pauschale Mindestkompensation vorzusehen, die ein halbes Monatsgehalt pro abgeschlossenem

Jahr Betriebszugehörigkeit keinesfalls überschreiten sollte.

Ein derartiger Wechsel vom Bestandsschutz- zum Abfindungsprinzip würde die Zahl der Kündigungsschutzprozesse reduzieren, Verhandlungen über Aufhebungsverträge vereinfachen und die Planungssicherheit der Unternehmen erhöhen, ohne den Schutz vor willkürlicher Kündigung aufzugeben. Ob die Summe der gesamten Abfindungen nach der Reform höher oder niedriger ist als die bisherigen Kosten langwieriger und schwer kalkulierbarer Entlassungen, bleibt eine offene Frage. Allerdings sind marginale Reformen des Arbeitnehmerüberlassungs- und Befristungsrechts, wie sie seit den 80er Jahren in Deutschland zu beobachten sind, und fortwährende Änderungen der Schwellenwerte kein verlässliches Fundament, auf das ein Investor bauen kann. Nur eine Reform, die das Kündigungsrecht grundlegend vereinfacht und von einer sich ständig ändernden Rechtsprechung befreit, kann sich positiv auf die Einstellungsbereitschaft der Firmen auswirken.

---

Wolfgang Hromadka

## Des Kanzlers „Reform“ des Kündigungsrechts

---

**D**ie Änderungen im Kündigungsrecht, die Schröder in seiner Regierungserklärung angekündigt hat, sind nicht gerade ein großer Wurf. Man scheut sich fast, das Wort Reform in den Mund zu nehmen. Und doch ist der Schritt nicht hoch genug einzuschätzen. Zum ersten Mal erkennt eine sozialdemokratisch geführte Bundesregierung an, daß auch der Kündigungsschutz ein ökonomisches

Faktum ist. Zum ersten Mal wird die tradierte Sicht des David gegen den Goliath zugunsten einer globalen Sicht, die auch die Interessen anderer einbezieht, verlassen.

Schröder hat vier Punkte genannt:

- Befristet Beschäftigte sowie Leih- und Zeitarbeiter werden bei Kleinbetrieben nicht auf die Obergrenze von fünf Arbeitnehmern angerechnet.

- Arbeitnehmer haben bei einer betriebsbedingten Kündigung die Möglichkeit, statt auf Weiterbeschäftigung zu klagen, eine Abfindung in einer gesetzlich festgelegten Höhe zu wählen.

- Betriebsrat und Arbeitgeber können verbindliche Kriterien für die Sozialauswahl festlegen.

- Existenzgründer können befristete Arbeitsverhältnisse für vier Jahre abschließen.

Die Reform ist mit heißer Nadel gestrickt, und manches läuft leer oder ist sogar kontraproduktiv. Dennoch enthält das Papier einige brauchbare Ansätze:

### **Erleichterung für Kleinbetriebe**

Über die Kleinbetriebsklausel ist viel gestritten worden. Die christlich-liberale Koalition unter Kohl hatte die Obergrenze seinerzeit von fünf auf zehn Arbeitnehmer erhöht; die rot-grüne Bundesregierung hat sie in ihrer ersten Legislaturperiode wieder auf fünf Arbeitnehmer herabgesetzt. Insofern korrigiert sie sich jetzt selbst. Dabei geht sie einen Mittelweg. Befristet Beschäftigte, Leih- und Zeitarbeiter werden nicht angerechnet. Leiharbeiter werden schon heute nicht mitgezählt; ihre Erwähnung ist reine Augenwischerei. Leiharbeiter und Zeitarbeiter sind dasselbe; auch hier also mehr Schein als Sein.

Dennoch: Bereits die Nichtanrechnung befristeter Arbeitsverhältnisse ist ein Fortschritt, der vor allem Älteren zugute kommen sollte. Befristete Arbeitsverhältnisse können ohne Sachgrund bekanntlich für maximal zwei Jahre abgeschlossen werden - bei einem entsprechenden Sachgrund auch für länger -, mit Arbeitnehmern ab 52 jedoch unbegrenzt. Kleinbetriebe haben also künftig die Möglichkeit, sich den Sachverstand und die Erfahrung älterer Arbeitnehmer nutzbar zu machen, ohne daß diese und die vorhandenen Arbeitnehmer dadurch Kündigungsschutz erhielten.

Kein Vorteil ohne Nachteil: Befristete Arbeitsverhältnisse werden weiter zunehmen, und die eigentlich erwünschte Umwandlung bei Bewährung in unbefristete Arbeitsverhältnisse wird häufig daran scheitern, daß ab dem 6. Arbeitnehmer alle Kündigungs-

schutz erhalten. Der Arbeitgeber muß einen bewährten Mitarbeiter also in der Regel nach zwei Jahren wieder austauschen, ob er will oder nicht. Auch die Konstruktionsfehler der heutigen Befristungsregelung werden sich stärker bemerkbar machen, etwa die Unmöglichkeit, bei Verlängerung eines befristeten Vertrags - innerhalb der zwei Jahre ist das bekanntlich dreimal möglich - die Arbeitsbedingungen zu ändern.

### **Wahlmodell für betriebsbedingte Kündigung**

Für die betriebsbedingte Kündigung schlägt Schröder ein Wahlmodell vor: Klage auf Weiterbeschäftigung oder Abfindung. Das ist, wenn man von der reinen Lehre des Kündigungsrechts ausgeht, nur schwer verständlich. Denn nach dem Kündigungsschutzgesetz gibt es bei einer betriebsbedingten Kündigung keinen Kündigungsschutz. Trifft der Arbeitgeber eine Entscheidung, die zum Wegfall eines Arbeitsplatzes führt, dann rechtfertigt das eine Kündigung - den Heizer auf der E-Lok kennt das deutsche Recht nicht. Klagt der Arbeitnehmer auf Weiterbeschäftigung, kann er also eigentlich nur verlieren.

Einen Anspruch auf Abfindung hat er - entgegen landläufiger Meinung - nicht. Abfindungen gibt es nur in zwei Fällen: bei Massentlassungen, wenn ein Sozialplan das vorsieht, und bei sozial ungerechtfertigter, d.h. bei unwirksamer Kündigung, wenn das Gericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag einer der beiden Parteien dennoch auflöst, weil eine sinnvolle Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint. Keine Abfindung gibt es dagegen, wenn nur einzelnen Arbeitnehmern betriebsbedingt gekündigt wird.

### **Verfahrenshürden der Rechtsprechungspraxis**

Was also meint Schröder? Er hat die Rechtsprechungspraxis vor Augen. Die Gerichte, allen voran das Bundesarbeitsgericht (BAG), haben nämlich auch bei betriebsbedingten Kündigungen einen Kündigungsschutz entwickelt. Zwar halten sie den Grundsatz der unternehmerischen Freiheit hoch und werden auch nicht müde zu betonen, daß kein Arbeitgeber einen überflüssigen Arbeitnehmer länger als bis zum nächsten Kündigungstermin beschäftigen müsse. Hinter dem Schleier schöner Worte haben sie aber Verfahrenshürden aufgebaut, die einen rechtsunkundigen Mittelständler verzweifeln lassen können.

Der Arbeitgeber muß nachweisen, daß er eine unternehmerische Entscheidung getroffen hat, wonach ein Mann zuviel an Bord ist. Er muß also z.B. darlegen, daß die Arbeit, die bisher von drei Mitarbeitern verrichtet wurde, so rationalisiert wurde, daß jetzt zwei ausreichen. Er muß dann weiter nachweisen, daß die zwei verbleibenden Mitarbeiter diese Arbeit auch wirklich verrichten können und daß sie nach ihrem Arbeitsvertrag dazu verpflichtet sind. Sodann ist zu prüfen, ob die Kündigung nicht doch vermieden werden kann: ob es nicht in einem der Betriebe des Unternehmens einen freien Platz gibt, auf dem der Arbeitnehmer - gegebenenfalls nach entsprechenden Fortbildungsmaßnahmen - weiterbeschäftigt werden kann, oder ob nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ein solcher Platz frei wird, oder ob man nicht Überstunden oder Leiharbeit abbauen und auf diese Art einen Arbeitsplatz schaffen kann. Die Rechtsprechung straft hier alle, die Juristen für phantasielose Paragraphenreiter halten, Lügen.

Wirtschaftsdienst 2003 • 4

Für die Praxis hat das zwei Folgen: Wer gekündigt wird, geht zu Gericht, selbst wenn er genau weiß, daß seine Firma Arbeitsplätze abbauen muß. Ganz ohne Chancen ist er nicht. Und zweitens: Der Arbeitgeber ist im allgemeinen schon im Vorfeld oder später im Prozeß bereit, sich die Unsicherheit abkaufen zu lassen. Seine Rechnung: Das Verfahren kann zwei bis drei Jahre dauern, und wenn er es verliert, behält er nicht nur den Arbeitnehmer auf seiner Gehaltsliste, sondern er muß ihm auch für die gesamte Zeit das Entgelt nachzahlen. Da sind ein paar tausend Euro das kleinere Übel.

### **Keine Änderung zugunsten des Arbeitgebers**

Hier setzt der Vorschlag von Schröder an. Aber was ändert sich an dem gegenwärtigen Zustand? Nichts, jedenfalls nichts zugunsten des Arbeitgebers. Aus der Sicht des Arbeitgebers wird es sogar noch schlimmer. Jetzt kann der Arbeitgeber sich freikaufen, wenn er das will - künftig hat der Arbeitnehmer sogar einen Anspruch auf Abfindung. Nimmt er ihn nicht wahr, bleibt es bei dem bisherigen Verfahren. Der Arbeitnehmer kann auf Weiterbeschäftigung spekulie-

ren und im schlimmsten Fall darauf, daß der Arbeitgeber sich dann doch irgendwann freikaufte. Gewonnen ist aus Arbeitgebersicht und damit für die Beschäftigung also nichts; im Gegenteil. Will man eine Abfindungslösung, so sollte man sie generell bei betriebsbedingten Kündigungen einführen und dem Arbeitgeber im Gegenzug den Begründungsaufwand ersparen, den ihm die Rechtsprechung derzeit abnötigt. Damit würden Kündigungen und der Preis für Kündigungen kalkulierbar, und der Arbeitgeber könnte Rückstellungen bilden.

Bei der betriebsbedingten Kündigung gibt es eine weitere Hürde, die Sozialauswahl. Künftig sollen Arbeitgeber und Betriebsrat die Kriterien gemeinsam festlegen können, die für die Auswahl gelten. Auch hier in gewissem Sinne eine Rückkehr zu dem, was die christlich-liberale Regierung einmal eingeführt und die rot-grüne wieder abgeschafft hatte. Leider ist Schröder sehr vage geblieben. Können Arbeitgeber und Betriebsrat nur die Kriterien festlegen, oder können sie nach diesen Kriterien verbindlich festlegen, wer sie erfüllt? Soll der Arbeitgeber die Entscheidung anhand der Kriterien treffen und das Arbeitsgericht die

Entscheidung nachprüfen? Von der Beantwortung dieser Fragen hängt es ab, ob die Änderung eine Erleichterung bringt oder nicht. Vorausgesetzt wird in jedem Fall, daß es in dem Betrieb einen Betriebsrat gibt - und das ist gerade in mittelständischen Betrieben häufig nicht der Fall - und daß die Zusammenarbeit mit ihm funktioniert.

### **Resümee**

Zieht man ein Resümee, so fällt die Bewertung zwiespältig aus. Kleinbetriebe und Existenzgründer tun sich künftig leichter, befristete Arbeitsverträge abzuschließen. Andere Betriebe werden es künftig möglicherweise bei der Sozialauswahl leichter haben. Die Abfindungslösung bei betriebsbedingten Kündigungen bringt dem Arbeitgeber dagegen zusätzliche Kosten. Im Gegensatz zu den bisher vorgeschlagenen Abfindungsmodellen bringt sie ihm auch nicht mehr Planungssicherheit, denn die Entscheidung, ob Klage oder Abfindung, trifft der Arbeitnehmer erst im Zusammenhang mit der Kündigung. Es ist wie bei der Echternacher Springprozession: drei Schritte vor, zwei zurück. Aber immerhin, ein Tabu ist gebrochen, die Sozialpolitik, sie bewegt sich doch.

Ronald Schettkat

## **Mehr Arbeit durch weniger Recht?\***

In Deutschland nimmt die saisonbereinigte Arbeitslosigkeit von einem hohen Niveau aus erneut zu, und die Prognosen der Wirtschaftsforschungsinstitute sind in der Nähe des Nullwachstums angelangt. Im Herbst 2002 hatte man noch barsch die düsteren Prognosen in Frage gestellt und darauf verwiesen, dass die beschleunigte Vermittlung Arbeitsloser durch die

Umsetzung des von den Profis der Nation entwickelten „Hartz-Konzeptes“ in den Rechnungen der Institute noch gar nicht enthalten

\* Dies ist der Titel eines bereits 1990 erschienenen Buches meines verstorbenen Kollegen und Freundes Dr. Christoph Büchtemann, mit dem ich seit Beginn der achtziger Jahre diese und viele andere Fragen in kontrovers engagierter, aber immer freundschaftlich humorvoller Atmosphäre diskutieren konnte.

sei und die Prognosen deshalb falsch seien. Nach Abklingen der Hartz-Euphorie setzt sich nun die Erkenntnis durch: „Die Lage ist so mies, da muss etwas geschehen.“

Neben Kürzungen bei Arbeitslosengeld und -hilfe, die finanzpolitisch sicher attraktiv sind, steht der Kündigungsschutz nun auch bei der rot-grünen Bundesregie-

rung obenan. Hatte sie 1998, zu Beginn ihrer ersten Amtsperiode, die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes für Unternehmen mit sechs bis zehn Beschäftigten wieder eingeführt (1996 waren von der Regierung Kohl Unternehmen mit unter zehn Beschäftigten vom Kündigungsschutz ausgenommen worden), so wird jetzt die Lockerung des Kündigungsschutzes als Notwendigkeit dargestellt. Sie soll die Reformfähigkeit der Bundesregierung unter Beweis stellen, und Minister verbinden ihre politische Karriere sogar mit der Veränderung des Kündigungsschutzes. Wegen der Profilierungssuche der Parteien werden die Vorstellungen der Bundesregierung nicht opponiert, sondern nur noch übertroffen. Es scheint Einigkeit zu bestehen, in welche Richtung der Zug fahren soll; nur die Geschwindigkeit wird noch debattiert.

#### **Keine eindeutigen theoretischen und empirischen Ergebnisse**

Das Trommelfeuer von Unternehmensverbänden, wirtschaftsliberalen Politikern, Zentralbanken und Ökonomen zeigt offenbar Wirkung. Danach sind die Effekte des Kündigungsschutzes kostenerhöhend, weil flexibilitätsmindernd. Hohe Kündigungskosten werden von den Unternehmen antizipiert, verschieben die Arbeitsnachfrage nach unten, reduzieren die Einstellungsbereitschaft und senken das Beschäftigungsniveau, so das Argument. Wer nicht entlassen kann, überlegt es sich halt dreimal, ob er einen zusätzlichen Beschäftigten einstellen soll, insbesondere dann, wenn durch die Einstellung Schwellenwerte überschritten werden. Plausibel und im einfachen statischen Angebots-Nachfrage-Diagramm des perfekten Marktes leicht darzustellen und durch Anekdoten sehr gut zu illustrieren, es ist aber dennoch nur ein Teil der Beschäftigungseffekte. Beschäf-

tigungsstabilität, Commitments der Unternehmen zu einer langen Vertragsdauer haben im Arbeitsleben subtile Wirkungen auf die Produktivität der Beschäftigten, die zugegebenermaßen schwerer zu identifizieren und oft kaum zu messen sind.

Deshalb ist es erstaunlich, mit welcher Unbeirrtheit und Selbstsicherheit eine eindeutig negative Beschäftigungswirkung des Kündigungsschutzes behauptet wird, denn diese Position kann sich weder auf eindeutige Ergebnisse der theoretischen noch der empirischen Forschung berufen. Selbst der Economist schreibt, dass die Ansicht, „flexible“ Arbeitsmärkte fördern Beschäftigung, so oft wiederholt worden ist, dass sie zum Klischee wurde, ohne dass es Belege für diese Sicht gäbe. Lediglich im Modell des perfekten Marktes, in dem jegliche Institution und Regelung unnötig und allenfalls Sand im Getriebe sein kann, ist die Wirkung des Kündigungsschutzes eindeutig negativ, in komplexeren Modellen ergeben sich jedoch ambivalente Beschäftigungseffekte. Wenn Beschäftigte bei Kündigungsschutz gar verminderte Lohnforderungen stellen, ist er sicher beschäftigungsunschädlich.

#### **Drei Wirkungskanäle**

Der Kündigungsschutz wirkt durch mindestens drei Kanäle auf die Beschäftigung: Er erhöht die Einstellungskosten, aber gleichzeitig auch die Entlassungskosten, und er verstärkt die Kooperationsbereitschaft und erhöht die Produktivität der Arbeitnehmer und ermöglicht beziehungspezifische Humankapitalinvestitionen. Kündigungsschutz stabilisiert bestehende Beschäftigung durch höhere Entlassungskosten und vermindert die Arbeitskosten durch höhere Produktivität. Gleichzeitig kann er aber auch die Dauer der Arbeitslosigkeit durch vorsichtige-

res Einstellungsverhalten der Unternehmen verlängern. Modellierungen der Beschäftigungseffekte des Kündigungsschutzes kommen denn auch zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem ob die beschäftigungsstabilisierende Wirkung (die Verringerung des Zustromes in Arbeitslosigkeit) oder die einstellungsreduzierende Wirkung, die die Verweildauer in Arbeitslosigkeit erhöht, dominiert.

Mehrere theoretische Analysen diagnostizieren positive Beschäftigungseffekte des Kündigungsschutzes. Aber ein erhöhter Kündigungsschutz kann die Arbeitslosigkeit theoretisch auch erhöhen und Beschäftigung vermindern, wenn die Verweildauer in Arbeitslosigkeit ansteigt, der Zustrom in Arbeitslosigkeit jedoch konstant bleibt oder nur wenig durch den erhöhten Kündigungsschutz beeinflusst wird. Aus theoretischer Sicht ist die Beschäftigungswirkung des Kündigungsschutzes als ambivalent zu charakterisieren.

#### **Hohe Dynamik im deutschen Arbeitsmarkt**

Im Wirtschaftsteil vieler Zeitungen scheint denn auch ein erheblicher Widerspruch auf. Im Berichtsteil werden Massenentlassungen teilweise von Hunderten oder gar Tausenden Arbeitnehmern vermeldet, während im Kommentarteil eine Erstarrung des durch Überregulierung strangulierten deutschen Arbeitsmarktes, der keine numerische Flexibilität mehr zulässt, konstatiert wird. Tatsächlich zeigt der deutsche Arbeitsmarkt eine hohe Dynamik, die hinter den geringen Nettoveränderungen von Beschäftigung und Arbeitslosigkeit verborgen bleibt. Jedes Jahr werden rund 4 Mill. Arbeitsverhältnisse neu begründet, aber auch nahezu ebenso viele beendet. Der Saldo dieser beiden Größen, die Nettobeschäftigungsveränderung, ist im Aufschwung

positiv und im Abschwung negativ. Im Aufschwung und bei geringer Arbeitslosigkeit, wenn attraktive Jobangebote vorliegen, nehmen arbeitnehmerseitige Kündigungen durch zwischenbetriebliche Wechsel überproportional zu, und in der Rezession und bei hohem Arbeitsangebotsüberhang gehen sie deutlich zurück.

In Deutschland wird nach einer WSI/Infratest-Erhebung aus dem Jahre 2001 rund ein Drittel aller beendeten Arbeitsverhältnisse durch den Arbeitgeber gelöst; weitere 10% werden einvernehmlich beendet, und rund 20% waren von vornherein befristet. Auch Arbeitgeber können offenbar Beschäftigungsverhältnisse beenden, Kündigungsschutz ist also in der Bundesrepublik kein absoluter Bestandsschutz<sup>1</sup>, sondern im Wesentlichen die Festlegung von Kündigungszeiten und -gründen. Abfindungen werden nur bei etwa 15% der arbeitgeberseitigen Kündigungen und selbst bei einvernehmlich aufgehobenen Arbeitsverhältnissen in nur einem Drittel der Fälle gezahlt.

Offenbar sind Abfindungszahlungen nicht „gang und gäbe“ im deutschen Arbeitsmarkt, aber wenn sie gezahlt werden, betragen sie in mehr als der Hälfte aller Fälle weniger als sechs Monatsgehälter und in rund einem Viertel aller Fälle ein Jahresgehalt oder mehr. Legt man eine durchschnittliche Abfindung von sechs Monatsgehältern zugrunde, dann beträgt der Erwartungswert der Abfindungen bei arbeitgeberseitiger und einvernehmlicher Kündigung rund 0,9 Monatsgehälter - also kaum prohibitive Entlassungskosten.

Die Einstellungs-, Einarbeitungs- und Trainingskosten dür-

ten weitaus gewichtiger sein, was sich anekdotisch illustrieren lässt: Die Lufthansa hatte zu Beginn der neunziger Jahre zahlreiche Beschäftigte entlassen, die nach Durchschreiten des Tales teilweise wieder eingestellt wurden, teilweise aber bereits andere Arbeitsplätze gefunden hatten. Verlorenes Humankapital für die Lufthansa, die nach Bekunden ihres designierten Vorstandsvorsitzenden Mayerhuber in Zukunft statt Entlassungen andere, effizientere Flexibilisierungsmaßnahmen ergreifen will.

### **Flexible Anpassung des Arbeitsvolumens**

Im deutsch-amerikanischen Vergleich zeigt sich, dass das Arbeitsvolumen in der Bundesrepublik ungefähr gleich stark und gleich schnell auf einen Rückgang der Nachfrage reagiert. Aber der Abbau des Arbeitsvolumens wird auf vollkommen unterschiedlichen Wegen erreicht: In den USA bleibt die durchschnittliche Arbeitszeit konstant und Beschäftigte werden entlassen, in Deutschland bleibt dagegen die Zahl der Beschäftigten relativ konstant und die durchschnittliche Arbeitszeit sinkt. Welche Anpassungsmaßnahme die attraktivere ist, hängt von den Kosten der Alternativen ab. Hohe Überstundenzuschläge in den USA reduzieren die Flexibilität der durchschnittlichen Arbeitszeit; geringere Qualifikationen der Beschäftigten reduzieren die Humankapitalverluste der Unternehmen bei Entlassungen.

Die deutsche und die amerikanische Wirtschaft unterscheiden sich aber deutlich in der Qualifikationsstruktur. Während in Deutschland die mittleren Qualifikationen in jedem einzelnen Wirtschaftszweig überwiegen, wird in den USA ein relativ hoher Anteil gering qualifizierter Arbeitnehmer mit einem relativ hohen Anteil hoch qualifizierter Arbeitnehmer bei vergleichsweise

dünnere Besetzung der mittleren Qualifikationen kombiniert. Schon aufgrund der polarisierten Qualifikationsstruktur und der hierarchischen Arbeitsorganisation wird ein amerikanisches Unternehmen bei Nachfrageschwankungen eher zur Anpassung der Beschäftigtenzahl im unteren Qualifikationssegment neigen. Bei einer symmetrischen Qualifikationsstruktur wie in der Bundesrepublik, die eher eine flexible Arbeitsorganisation erlaubt, sind dagegen Variationen der Arbeitszeiten bei Stabilisierung der Beschäftigtenzahl attraktiver.

### **Rechtsunsicherheit auf Seiten der Unternehmen**

Der Erwartungswert von Abfindungszahlungen bei arbeitgeberseitigen Kündigungen - pro Beschäftigungsfall ist der Erwartungswert sehr viel niedriger - dürfte wie oben dargestellt bei ungefähr einem Monatsgehalt liegen. Problematisch ist es allerdings, wenn die Unternehmen mit einer hohen Unsicherheit hinsichtlich der Abfindungszahlungen konfrontiert sind, was möglicherweise durch unvorhersehbare Entscheidungen von Arbeitsrichtern der Fall sein kann. Hohe Unsicherheit und hohe Abfindungszahlungen sind bekanntermaßen für amerikanische Unternehmen ein Problem, denn dort ist zwar der gesetzliche Kündigungsschutz gering, aber Antidiskriminierungs- oder zivilrechtlich abgeleitete „nach oben offene“ Schadensersatzansprüche sind häufig unkalkulierbar. So ist in den USA die Wahrscheinlichkeit der Anfechtung einer Entlassung geringer, aber wenn zivilrechtliche Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden, können diese „astronomische“ Größenordnungen erreichen. Die Rechtsunsicherheit kann durch allgemein verbindliche, rechtliche Regelungen vermindert werden.

<sup>1</sup> Betriebliche Verhandlungen, die zu alternativen Anpassungsmaßnahmen führen, werden die Zahl der arbeitgeberseitigen Kündigungen reduzieren.

Die Rechtsunsicherheit auf Seiten der deutschen Unternehmen sollte auch mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz von 1986, das befristete Arbeitsverträge ohne Begründung zulässt, vermindert werden. Das Beschäftigungsförderungsgesetz wurde damals als Revolution des Arbeitsrechtes betrachtet, aber befristete Arbeitsverträge werden in der Bundesrepublik nur in geringem Umfang genutzt, wie die permanenten Evaluierungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes von 1986 und seiner zahlreichen Verlängerungen zeigen.

#### **Unbefristete Beschäftigungsverträge reduzieren „lock-in“**

Die geringe Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverträge in Deutschland kann mehrere Gründe haben: Möglicherweise verhindern starke Betriebsräte und Gewerkschaften den Abschluss solcher Verträge; möglicherweise werden aber auch die Kündigungskosten über- und das unternehmensseitige Interesse an unbefristeter Beschäftigung unterschätzt. Arbeitsmärkte sind in hohem Maße unvollkommen. Unternehmen wissen nicht, ob die avisierte Einstellung tatsächlich ein guter „Match“ ist, ob der neue Mitarbeiter die erwartete Produktivität im gegebenen Betriebsumfeld haben wird, wie er mit seinen Kollegen interagieren wird etc.

Deshalb haben Unternehmen ein genuines Interesse an einer Probezeit, aber sie haben natürlich kein Interesse an einer hohen Fluktuation, denn mit eingearbeiteten, produktiven Mitarbeitern gehen dem Unternehmen wertvolle Humankapitalinvestitionen verloren. Unternehmen versuchen deshalb Arbeitnehmer an sich zu binden und sie zu motivieren; so wird bei befristeter Einstellung häufig ein unbefristeter Anschlussvertrag in Aussicht gestellt.

Im Interesse beider Vertragspartner sind Arbeitsverträge langfristig angelegt und nicht lediglich eine Kette von Spotmarktverträgen wie in der einfachen neoklassischen Arbeitsmarkttheorie angenommen. Langfristige Beschäftigungsverhältnisse sind in beiderseitigem Interesse, weil so beziehungs-spezifische Investitionen ermöglicht werden. Nur wenn beide Vertragspartner davon ausgehen, dass ihre Situation nach erfolgter spezifischer Investition nicht ausgebeutet wird (so genannte „Lock-in“-Situation), werden sie beziehungs-spezifische Humankapitalinvestitionen durchführen.

#### **Institutionelle Regelungen häufig notwendig**

An dieser Stelle würden dann neoklassische Ökonomen argumentieren, „wenn unbefristete Beschäftigung auch im Interesse der Unternehmen ist, brauchen wir kein Kündigungsschutzgesetz, denn freie Vertragspartner würden Kündigungsschutz sowieso vereinbaren“. In diesem Fall ist der gesetzliche Kündigungsschutz zwar nicht schädlich, aber zugleich auch überflüssig. Paretoeffizienter Tausch bedarf keiner gesetzlichen Regelung, er ist das Marktergebnis; „there are no Dollar-bills on the sidewalk“.

Hier schließt sich der Kreis: Trifft das Modell perfekter Märkte zu, haben alle Beteiligten vollständige Informationen, kennen die Unternehmen die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Arbeitnehmer, die wiederum wissen, dass die blumigen Beschreibungen der Arbeitsumstände des Einstellungsgesprächs tatsächlich zutreffen, dass das Unternehmen die nach Vertragsabschluss entstehende „Lock-in“-Situation nicht ausbeuten wird etc. Kurzum, von all den Unwägbarkeiten realer Arbeitsmärkte wird abstrahiert, und

es stellt sich unter Idealbedingungen das Idealergebnis ein.

Aber wie die Arbeiten der im Jahre 2001 mit dem Wirtschafts-nobelpreis geehrten amerikanischen Ökonomen - George Akerlof, Michael Spence und Joseph Stiglitz - eindrucksvoll zeigen, können selbst geringe Abweichungen von den Annahmen des Idealmodells perfekter Märkte - insbesondere Informationsasymmetrien - zu Ergebnissen führen, die drastisch von den Prognosen des Idealmodells abweichen. Zur Entfesselung der Marktkräfte sind institutionelle Regelungen häufig notwendig.

#### **Abfindungen statt Bestandsschutz?**

Zwar sind die Abfindungszahlungen bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen offenbar nicht die Regel, aber nach gerichtlicher Auseinandersetzung ist die Wiederherstellung einer guten Arbeitsbeziehung eben schwierig, und nur eine geringe Zahl von Klagen führt zu einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Macht es dann nicht Sinn, den Bestandsschutz gleich durch eine vorab vereinbarte Abfindung zu ersetzen, was die Planungssicherheit der Unternehmen erhöhen und dem Arbeitnehmer den pekuniären Gegenwert seiner Beschäftigungs-(Un)Sicherheit verdeutlichen würde. Wie aber sollte eine solche Regelung aussehen? Werden Abfindungen standardmäßig nach dem geringen Erwartungswert von etwa einem Monatsgehalt gezahlt, wären höhere Humankapitalinvestitionen untergedeckt und arbeitnehmer-seitige Humankapitalinvestitionen würden geringer ausfallen, weil bei Vertragsende nur eine im Verhältnis zur Investition geringe Abfindung gezahlt würde.

Eine versicherungsmathematisch faire Abfindung ist also in hohem Maße von der Beschäfti-

gungsstabilität des Unternehmens abhängig, aber firmenspezifische Abfindungen offenbaren bereits im Einstellungsgespräch die zu erwartende Beschäftigungssicherheit. Ein solches Signal der Beschäftigungsunsicherheit wirkt auf die Attraktivität eines Unternehmens am Arbeitsmarkt wie eine Rückstufung der Kreditwürdigkeit im „Standard & Poor Rating“ auf die Finanzierungskosten eines Unternehmens. Bei lohnelastischer Arbeitsangebotsfunktion für das einzelne Unternehmen würden die Lohnkosten steigen. Der Zugang zu und der Aufbau von Humankapital des Unternehmens würden behindert. Die Rekrutierungs- und Lohnkosten würden steigen, weil die produktiveren Arbeitnehmer entweder einen entsprechenden Lohnzuschlag fordern oder gar nicht erst das Unternehmen in Betracht ziehen werden.

Von vornherein vereinbarte hohe Abfindungszahlungen signalisieren also instabile Arbeitsplätze. Oder umgekehrt: Ist ein Unternehmen nicht bereit, Kündigungsschutz zu gewähren, so wird dieses von unvollständig informierten Arbeitnehmern als Signal unsicherer Beschäftigung interpretiert und führt zu entsprechend negativer Selbstselektion bei den Bewerbern - vielleicht ein Grund, warum Unternehmen im Voraus vereinbarten Abfindungszahlungen gegenüber skeptisch sind.

### **Fluktuation und Betriebsgröße**

Sowohl die arbeitgeberseitigen wie auch die arbeitnehmerseitigen Kündigungen sind in Kleinunternehmen deutlich höher. Die Fluktuationsrate nimmt mit der Größe der Betriebe ab. Signifikante Unterschiede bei den arbeitgeberseitigen Kündigungen zeigen sich aber bei Überschreiten der „5-Personen-Beschäftigungsschwelle“ nicht, und selbst in Ländern ohne Kündigungsschutz ist die Fluktua-

tion in Kleinbetrieben höher. Dafür gibt es eine Vielzahl von Gründen: Kleinere Unternehmen haben weniger Möglichkeiten zur internen Anpassung; das finanzielle Polster ist geringer; der Zugang zum Kapitalmarkt ist schwieriger. Kleinbetriebe sind in der Regel auch jüngere Betriebe, die als Unternehmen noch recht instabil sind und die den richtigen Match zwischen Betriebserfordernissen und Arbeitnehmerqualifikationen noch finden müssen.

So zeigt sich der negative Zusammenhang zwischen Fluktuation und Betriebsgröße selbst in den USA, wo ja bekanntlich „employment at will“ gilt. Die geringere Beschäftigungsstabilität macht Kleinbetriebe aus der Sicht des Arbeitnehmers natürlich weniger attraktiv und kann die Rekrutierungsschwierigkeiten von Kleinbetrieben erklären, denn spiegelbildlich zum Kostenargument des Betriebes trägt der Arbeitnehmer ein höheres Risiko, sein Humankapital, seine Arbeitskraft zu verwerten.

### **Gesellschaftliche Entlassungskosten**

Mit rund 20% aller beendeten Beschäftigungsverhältnisse stellen befristete Arbeitsverträge im Vergleich zu den rund 6% befristet Beschäftigten an allen Beschäftigten einen relativ hohen Anteil an allen beendigten Beschäftigungsverhältnissen. Befristete Beschäftigung kann zwar durchaus den Einstieg in ein normales Arbeitsverhältnis erleichtern, aber Befristungen des Arbeitsvertrages führen häufig auch wieder in die Arbeitslosigkeit zurück und erzeugen erneut Kosten bei der Arbeitslosenversicherung.

Nach der Logik des „Experience-Rating“ in den USA werden deshalb in den Niederlanden vom Arbeitgeber Zuschläge auf die Arbeitslosenversicherungsprämie

bei befristeten Arbeitsverträgen erhoben. Die Holländer wollen so die höheren Arbeitslosigkeitskosten der befristeten Arbeitsverträge in das betriebliche Kostenkalkül internalisieren.

Schon heute können in Deutschland Sperrzeiten beim Arbeitslosengeld auferlegt werden, wenn das Beschäftigungsverhältnis arbeitnehmerseitig beendet wurde, um Missbrauch der Arbeitslosenversicherung zu verhindern. Bei Ersatz des Bestandsschutzes durch Abfindungszahlungen wird sich dieses Problem in höherem Maße stellen und die Frage wird sein, wie Abfindungen auf Arbeitslosengeldzahlungen angerechnet werden sollen, wenn Verträge zu Lasten Dritter – der Arbeitslosenversicherung – vermieden werden sollen.

### **Das Beispiel Niederlande**

Ein Vergleich der Bundesrepublik mit den Niederlanden lohnt, denn trotz rasant gestiegener Beschäftigung in den Niederlanden ähneln sich die institutionellen Regelungen beider Länder sehr. Kündigungsschutz ist in den Niederlande aber eindeutig restriktiver. In den Niederlanden müssen nach wie vor Entlassungen von den Arbeitsämtern genehmigt werden, wenngleich auch ein schnellerer aber teurerer Entlassungsweg über die Arbeitsgerichte eröffnet wurde. Die OECD klassifiziert die Niederlande zusammen mit Portugal als Land mit dem restriktivsten Kündigungsschutz für regulär beschäftigte Arbeitnehmer, der von den 80er Jahren bis in die 90er Jahre praktisch unverändert geblieben ist. Dennoch sind in den Niederlanden aber vor allem reguläre Vollzeitarbeitsplätze entstanden<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Häufig wird argumentiert, dass der hohe Anteil von Teilzeitbeschäftigung aus dem strikten Kündigungsschutz resultiert. Teilzeitbeschäftigung ist sicher ein flexibler Arbeitszeitpuffer, aber alle arbeitsrechtlichen Vorschriften gelten für Teilzeitbeschäftigte genauso wie für Vollzeitbeschäftigte.

Dieter Reuter

## Bloße Korrektur der Modalitäten?

Die Reform des Kündigungsschutzes ist in aller Munde. Selbst die Gewerkschaften machen keine Ausnahme. Vom großen Rest der Diskussionsteilnehmer unterscheiden sie sich allerdings dadurch, daß sie die Kündigung von Arbeitnehmern nicht (in der Hoffnung auf Förderung der Einstellungsbereitschaft) erleichtern, sondern erschweren wollen. Insbesondere ist ihnen ein Dorn im Auge, daß die Arbeitsgerichte betriebsbedingte Kündigungen nur daraufhin überprüfen, ob wirklich alle vertragsgerechten Beschäftigungsmöglichkeiten für den betroffenen Arbeitnehmer entfallen sind, dagegen die zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten führenden unternehmerischen Vorentscheidungen (Änderung oder Einschränkung der Produktion, Änderung der Produktionsmethoden, (Teil-)Betriebsstilllegungen usw.) vorbehaltlich offensichtlicher Willkür oder Unsachlichkeit hinnehmen<sup>1</sup>.

Die ganz überwiegende Gegenströmung stimmt damit jedenfalls insofern überein, als auch sie die gegenwärtige Kündigungsschutzpraxis nicht grundsätzlich in Frage stellt, sondern am Detail zu kurieren versucht. Die vorsichtigste Version will die Arbeitgeberkündigung dadurch erleichtern, daß sie für die Klage gegen die Wirksamkeit der Kündigung unabhängig vom Unwirksamkeitsgrund eine ein-

heitliche Ausschußfrist von einem Monat schafft, die Zweigleisigkeit der gerichtlichen Auseinandersetzung um die Wirksamkeit der Kündigung von Schwerbehinderten beseitigt, die Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats vereinfacht, die Beweislast des Arbeitgebers für die negative Gesundheitsprognose im Fall krankheitsbedingter Kündigungen verringert, das Gebot der sozialen Auswahl der Kündigungskandidaten im Fall betriebsbedingter Kündigung durch Abfindungspflichten ersetzt und dem Arbeitnehmer generell, dem Arbeitgeber speziell im Kleinunternehmen statt der Überprüfung betriebsbedingter Kündigungen Abfindungen zu begehren bzw. zu zahlen erlaubt<sup>2</sup>.

### Einstellungsbarriere für Arbeitssuchende

Im übrigen sollen die Ergebnisse einer fast 50jährigen Kündigungsschutzpraxis „im ökonomischen Blindflug“ nicht nur unangetastet bleiben, sondern sogar gesetzlich verfestigt werden. Namentlich wird nach wie vor nicht problematisiert, daß der Kündigungsschutz sich nicht nur als Beschränkung der Arbeitgeberfreiheit, sondern auch als Einstellungsbarriere für Arbeitssuchende auswirkt. Die Forderung, die Kündigung müsse verhältnismäßig sein<sup>3</sup>, reduziert den rechtlich relevanten Interessenkonflikt auf das bilaterale Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis, obwohl die

Obliegenheit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer trotz Pflichtverletzung weiter zu beschäftigen, seine Fehlzeiten wegen Krankheit zu ertragen oder einen freien geeigneten Arbeitsplatz im Unternehmen zu seinen Gunsten zu nutzen, letztlich auf Kosten eines Arbeitssuchenden geht, der sonst eingestellt worden wäre<sup>4</sup>.

Zugleich sorgt die inhaltliche Offenheit des Verhältnismäßigkeitsprinzips, insbesondere des Gebots der Interessenabwägung dafür, daß vor allem bei kleinen Arbeitgebern der Eindruck entstanden ist, der Ausgang von Kündigungsschutzstreitigkeiten hänge nicht von objektiven rechtlichen Vorgaben, sondern von der tendenziell arbeitgeberkritischen Einstellung der jeweils zuständigen Richter ab. Vor allem dadurch ist der Kündigungsschutz zum Schreckgespenst geworden, das allzu viele Arbeitgeber dazu veranlaßt, lieber auf Aufträge zu verzichten, als sich auf Einstellungen einzulassen, für die ein dauerhafter Bedarf nicht sicher prognostiziert werden kann<sup>5</sup>.

Radikalere Ansätze bestehen darin, das typische Ergebnis von Kündigungsschutzklagen – das Ausscheiden des gekündigten

<sup>1</sup> Zuletzt Bundesarbeitsgericht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1999, S. 1095, 1098, 1157. Kritisch dazu Jürgen Kühling: Freie Unternehmensentscheidung und Betriebsstilllegung, in: Arbeit und Recht, 2003, S. 92; Peter Stein: Inhaltskontrolle von Unternehmensentscheidungen, in: Arbeit und Recht, 2003, S. 99.

<sup>2</sup> Ulrich Preis: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2003, S. 252.

<sup>3</sup> Vgl. ebenda, S. 252, 254.

<sup>4</sup> Ausführlich schon Dieter Reuter: Grundlagen des Kündigungsschutzes - Bestandsaufnahme und Kritik, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 405, 420 ff.; zuletzt ders.: Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung des Arbeitsrechts, in: Festschrift für Wiedemann, München 2002, S. 449, 463.

<sup>5</sup> Heide M. Pfarr, zitiert nach Jobst H. Bauer: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, S. 529 FN 4; Bernd Rütters: Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2002, S. 1601, 1604.

Arbeitnehmers gegen Entschädigung oder eine Abfindung – zum Inhalt des Kündigungsschutzes zu machen. Die Arbeitgeber sollen an der Kündigung von Arbeitnehmern nicht unmittelbar, sondern mittelbar dadurch gehindert werden, daß sie sich das Kündigungsrecht durch je nach Sachverhalt verschieden hohe Summen erkaufen müssen<sup>6</sup>. Das ist ein im Ausland vielfach beschrittener Weg<sup>7</sup>. Sein Entlastungseffekt hängt freilich davon ab, daß die Entschädigungen bzw. Abfindungen in ihrem Umfang nicht ihrerseits von der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats und vor allem der Verhältnismäßigkeit der Kündigung abhängig sind.

Wenn die Entlassung durch Entschädigungs- und Abfindungslasten wesentlich verteuert wird, dann läuft das genauso wie der Bestandsschutz auf eine spürbare Verschlechterung der Wettbewerbsfähigkeit von Arbeitsuchenden hinaus, die nicht ignoriert werden darf, sondern zumindest gerechtfertigt werden muß<sup>8</sup>. Auch verliert der Kündigungsschutz für die kleinen Arbeitgeber seinen Schrecken nicht, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung statt unvorhersehbarer Resultate der bisherigen Feststellungsklagen unvorhersehbare Entschädigungs- und Abfindungslasten erzeugt.

<sup>6</sup> Jobst-H. Bauer: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, a.a.O., S. 529, 530; Herbert Buchner: Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, S. 533, 535 f.

<sup>7</sup> Herbert Buchner: Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, a.a.O., S. 533, 534 mit Nachweisen in FN 7.

<sup>8</sup> AA MünchArbR-Berkowsky, § 131 Rn. 37 f.; Ulrich Preis: Prinzipien des Kündigungsrechts, München 1987, S. 125 f.; vgl. auch Bernd Rütters: Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, a.a.O., S. 1601 (1604) („erschwert oder verteuert“).

Der Übergang zu Entschädigungs- bzw. Abfindungslösungen muß also, um wenigstens die tendenziell beschäftigungsfeindliche Wirkung des Kündigungsschutzes zu beseitigen, mit Berechnungsgrundsätzen einhergehen, die dem Arbeitgeber ein verlässliches Ex-ante-Urteil über den Preis der Kündigung ermöglichen. Diese Voraussetzung ist sicherlich erfüllt, wenn – wie im Schrifttum vorgeschlagen – allein die Höhe des bisherigen Verdienstes, die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter des gekündigten Arbeitnehmers zählen, und zwar als Bestandteile einer festliegenden Formel<sup>9</sup>. Doch ist eine solche Berechnung schwerlich vertretbar, wenn man – wie die herrschende Meinung – davon ausgeht, daß das Ergebnis die sachgerechte Abwägung des Interesses des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Aufrechterhaltung widerspiegeln muß<sup>10</sup>. Denn das Gewicht des Arbeitgeberinteresses spielt danach überhaupt keine Rolle, und das Gewicht des Arbeitnehmerinteresses an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ist offenbar z.B. durch seine familiäre Situation deutlich stärker bestimmt als durch Betriebszugehörigkeit und Alter.

#### Vom Existenzschutz (zurück) zum Freiheitsschutz

Wer die negativen Wirkungen des Kündigungsschutzes wirklich nachhaltig beseitigen will, darf sich nach alledem nicht mit der

Beschneidung störender Äste begnügen, sondern muß sich an die Wurzel der Fehlentwicklungen heranwagen. Da der Kündigungsschutz auf keinen Fall überflüssige Arbeitsplätze aufrechterhält, sondern im Fall der verhaltens- und betriebsbedingten Kündigung den Austausch des gekündigten Arbeitnehmers gegen einen Arbeitssuchenden verhindert und im Fall der betriebsbedingten Kündigung die geeigneten freien Arbeitsplätze im Unternehmen zu lasten von Arbeitsuchenden mit von Kündigung bedrohten Arbeitnehmern zu besetzen zwingt, kann sein Ziel entgegen dem herrschenden Verständnis nicht sein, das Arbeitsverhältnis als Grundlage der wirtschaftlichen und sozialen Existenz der betroffenen Arbeitnehmer zu sichern<sup>11</sup>. Denn die (arbeitslosen) Arbeitsuchenden, denen dadurch das Arbeitsverhältnis als Grundlage der wirtschaftlichen und sozialen Existenz vorenthalten bleibt, haben diesbezüglich ein gleich schutzwürdiges Interesse. Will man sich nicht eines eklatanten Verstoßes gegen das Gebot der Rechtsgleichheit schuldig machen, so kann man den Kündigungsschutz nur durch ein Interesse rechtfertigen, das der (arbeitslose) Arbeitsuchende nicht mit dem Arbeitnehmer teilt<sup>12</sup>.

Ein solches Interesse gibt es in der Tat, und es hat sogar an der Wiege des gesetzlichen Kündigungsschutzes gestanden. Die Väter des KSchG haben den Arbeitnehmer zum „Betriebsbürger“ mit Freiheiten und Rechten im

<sup>9</sup> Wolfgang Hromadka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, S. 383, 394, 398.

<sup>10</sup> Statt aller Jürgen Kühling: Freie Unternehmensentscheidung und Betriebsstilllegung, a.a.O., S. 93, 95; Peter Stein: Inhaltskontrolle von Unternehmensentscheidungen, a.a.O., S. 99, 100.

<sup>11</sup> Arthur Nikisch: Arbeitsrecht I, 3. Aufl., Tübingen 1961, S. 749; Zöllner-Loritz: Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 1998, S. 273 f.; Marie-Luise Hilger: Rundfunkfreiheit und „freie Mitarbeiter“, in: Recht der Arbeit, 1981, S. 265, 267.

<sup>12</sup> Volker Stelljes: Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, Berlin 2002, S. 71 f.

Betrieb machen und dadurch seine in der abhängigen Arbeit angelegte Objektsituation überwinden wollen. Der Kündigungsschutz entsprach der Einsicht, daß dem Arbeitnehmer „mit einem noch so sozial ausgestatteten Betrieb nicht vollkommen gedient ist, wenn er jederzeit aus dem Arbeitsverband aus unzulänglichen, willkürlichen Gründen gegen seinen Willen entfernt werden kann“<sup>13</sup>.

### Schutz betrieblicher Freiheiten und Rechte

Der Bestandsschutz war also nicht als Zweck des Kündigungsschutzes gedacht, sondern als Mittel zum Schutz der betrieblichen Freiheiten und Rechte, die für den typischerweise auf Lohn und Arbeit existenziell angewiesenen Arbeitnehmer leer laufen, wenn sie unter dem Damoklesschwert der beliebigen Kündbarkeit ausgeübt werden müssen. Der Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Müntefering bringt das, worauf es den Vätern des Kündigungsschutzes angekommen ist, genau auf den Punkt, wenn er in seinen zahlreichen Fernsehinterviews zur Verteidigung des Kündigungsschutzes immer wieder betont, die Arbeitnehmer müßten ihren Arbeitgebern „auf gleicher Augenhöhe entgegentreten können“.

Allerdings ergibt sich aus dieser Zielsetzung eine durchaus andere Kündigungsschutzpraxis, als sie heute stattfindet. Erstens verlangt sie nicht, daß die Kündigung verhältnismäßig, sondern nur, daß sie *sachlich begründet ist*. Eine weitergehende Beschränkung der Arbeitgeberkündigung ist nicht einmal zulässig, läuft sie doch darauf hinaus, daß die Chancen der Arbeitsuchenden stärker

beeinträchtigt werden, als zum Schutz der Arbeitnehmer vor dem Leerlauf ihrer betrieblichen Rechte und Freiheiten infolge beliebiger Kündbarkeit erforderlich ist. Dem entsprechend heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs von 1951, das KSchG wende sich „lediglich gegen solche Kündigungen, die hinreichender Begründung entbehren und deshalb als eine *willkürliche* Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit erscheinen“<sup>14</sup>.

Die Kündigung muß danach nicht „allerletztes Mittel“ (ultima ratio) sein, sondern es genügt, wenn sie sich als verständliche Reaktion auf das Verhalten des betroffenen Arbeitnehmers, auf Einschränkungen seiner Arbeitsfähigkeit oder auf Veränderungen des betrieblichen Arbeitsbedarfs darstellt<sup>15</sup>. Insbesondere scheitert die Kündigung nicht schon daran, daß der Arbeitgeber nicht die Anpassung des Arbeitsverhältnisses durch Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz außerhalb des Betriebs oder mit einer anderen Arbeitsaufgabe angeboten hat.

### Fehlentwicklung des Kündigungsschutzes

Gewiß hat der Gesetzgeber sich bei späteren Novellierungen des KSchG nicht mehr strikt an die Linie seines Vorgängers von 1951 gehalten. Allen voran hat sich der Gesetzgeber des Jahres 1972 an der Fehlentwicklung des Kündigungsschutzes vom Flankenschutz der betrieblichen Freiheiten und Rechte zu einem Schutz der wirtschaftlichen und sozialen Existenzgrundlage der Arbeitnehmer beteiligt. Die damals entstandenen S. 2 und 3 des § 1 II KSchG haben

die Möglichkeit der Beschäftigung an einem Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens oder mit einer anderen Arbeitsaufgabe nachträglich zu einem *gesetzlichen* Kündigungshindernis gemacht, dies freilich mit der wichtigen Einschränkung, daß der Betriebsrat der Kündigung deswegen widersprochen haben muß. Diese Einschränkung ändert zwar nichts daran, daß die Novellierung eine Fehlentwicklung unterstützt. Aber sie wirkt doch jedenfalls auf größere Rechtssicherheit hin, weil sie dem Arbeitgeber nicht eine Vorausnahme der (zumutbaren) Beschäftigungsmöglichkeiten ansinnt, die im späteren Kündigungsschutzprozeß nach Ansicht des Arbeitsgerichts bestehen, sondern ihn lediglich zur Auseinandersetzung mit der vom Betriebsrat benannten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zwingt.

Es ist ein Verstoß gegen elementare Grundsätze der Logik, wenn heute aus § 1 II 2 und 3 KSchG die kündigungsschutzrechtliche Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips abgeleitet und anschließend aus der Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gefolgert wird, die Kündigungshindernisse des § 1 II S. 2 und 3 seien (ohne Widerspruch des Betriebsrats!) auch schon Kündigungshindernisse gemäß § 1 II 1 KSchG<sup>16</sup>.

### Abwägung der Interessen

Zweitens ist es mit dem ursprünglichen Verständnis des Kündigungsschutzes als Flankenschutz für die betrieblichen Rechte und Freiheiten des Arbeitnehmers unvereinbar, die soziale Rechtfertigung der Kündigung – wie die derzeitige Kündigungsschutzpraxis – von einer *negativen Prognose*

<sup>13</sup> Wilhelm Herschel: Kündigungsschutz und Wettbewerb, in: Recht der Arbeit, 1975, S. 28, 31.

<sup>14</sup> Recht der Arbeit, 1951, S. 58, 62.

<sup>15</sup> Bernd Rütters: Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1433, 1434.

<sup>16</sup> So aber Ulrich Preis: Arbeitsrecht, Köln 1999, S. 633; KR-Etzel, 5. Aufl., Neuwied 1998, Rn. 220.

über das zukünftige Verhalten des Arbeitnehmer, seine zukünftige Arbeitsfähigkeit und die zukünftige Entwicklung des Arbeitsbedarfs abhängig zu machen. Gewiß ist die Kündigung zukunftsbezogen; es geht nicht um die Bewältigung des Vergangenen, sondern um die Möglichkeit sinnvoller zukünftiger Zusammenarbeit. Aber von „willkürlicher Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit“ kann schon dann keine Rede sein, wenn der Arbeitgeber diesbezüglich verständliche Besorgnisse hegt. Ihm einen Nachweis abzuverlangen, der für vernünftige Zweifel des Arbeitsgerichts an der negativen zukünftigen Entwicklung keinen Raum mehr läßt, bedeutet eine tendenzielle Überforderung des Arbeitgebers, die durch den Zweck des Kündigungsschutzes, wie ihn der Gesetzgeber des Jahres 1951 gesehen hat, nicht mehr gedeckt ist<sup>17</sup>. Das gilt auch, soweit das Prognoseprinzip zu formalisierten Anforderungen wie dem grundsätzlichen Erfordernis einer vorherigen Abmahnung geführt hat. Der Schutz vor Kündigungs-willkür rechtfertigt offenbar nicht, daß der Arbeitnehmer sozusagen von jeder Sorte Pflichtverletzung eine frei hat<sup>18</sup>.

Erst recht ist vor diesem Hintergrund die Forderung nach einer *Abwägung des Interesses* des Arbeitgebers an der Beendigung gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, die mangels objektiver Vorgaben für die Gewichtung der Interessen die Kenntnis der Einstellung des jeweils zuständigen (Berufs-)Rich-

ters zur wichtigsten Voraussetzung für eine erfolgreiche Vorhersage des Ergebnisses von Prozessen über verhaltens- und personenbedingte Kündigungen gemacht hat, fehl am Platze.

Es gehört zu den folgenreichsten Irrtümern von Theorie und Praxis des Kündigungsschutzrechts, daß man verbreitet annimmt, die sozial gerechtfertigte Kündigung sei eine Kündigung aus minder wichtigem Grund, so daß die Struktur der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 I BGB (Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile“) graduell abgeschwächt auf die sozial gerechtfertigte Kündigung übertragbar sei<sup>19</sup>. In Wirklichkeit sind Legitimation und Funktion der beiden Kündigungsarten grundverschieden.

Die Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund markieren immanente Grenzen der selbstbestimmten Vertragsbindung, und zwar für beide Parteien. Wirksam verpflichten kann man sich nur im Rahmen des Zumutbaren<sup>20</sup>. Der Kündigungsschutz nach §§ 1, 2 KSchG verstärkt im Gegensatz dazu die Bindung des Arbeitgebers *über das vertraglich Vereinbarte hinaus*. Urheber der Bindung sind nicht die Vertragsparteien, die sich bis zur Grenze der Verbots- und Sittenwidrigkeit ausschließlich von ihren eigenen Interessen leiten lassen können<sup>21</sup>, sondern der Gesetzgeber, der unter der Anforderung der „Gerechtigkeit

gegenüber jedermann“ steht und deshalb allen dadurch betroffenen Interessen gerecht werden muß. Da der Kündigungsschutz nicht nur das bilaterale Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft, sondern auch ein „Abwehrbollwerk“ zugunsten der Arbeitsplatzbesitzer gegen die Konkurrenz der Arbeitsuchenden darstellt<sup>22</sup>, verfehlt seine Ausgestaltung nach Maßgabe einer Abwägung des Interesses des Arbeitgebers an der Beendigung gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses die Anforderungen, denen ein gesetzlicher Kündigungsschutz unterliegt.

### Fehlerhafte neuere Rechtsprechung des BVerfG

Diese Sichtweise ist bis Anfang der 90er Jahre auch die des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) gewesen. Im WDR-Beschluß vom 13.1.1982 heißt es, der arbeitsrechtliche Bestandsschutz diene zwar der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips als eines Verfassungsprinzips; er sichere diejenigen Mitarbeiter, die diesen Bestandsschutz genießen, in ihrer beruflichen Position und damit in ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit. Es sei aber auch zu berücksichtigen, daß der arbeitsrechtliche Bestandsschutz nur den festangestellten Mitarbeitern zugute komme. Dagegen verschlechtere er die Chancen derjenigen, welche sich die Mitarbeit im Rundfunk zur Aufgabe machen wollen. Diese Auswirkung könne schwerlich im Sinne des Sozialstaatsprinzips liegen, das die Verwirklichung einer sozial gerechten Ordnung für alle gebiete, also gerade auch zur Sorge für diejenigen verpflichte, die keinen Arbeitsplatz

<sup>17</sup> Bernd Rüthers: Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten?, a.a.O., S. 1433, 1435 f.

<sup>18</sup> Ulrich Preis: Arbeitsrecht, a.a.O., S. 693 ff.; vgl. dazu schon Dieter Reuter: Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung des Arbeitsrechts, a.a.O., S. 449, 460 f.

<sup>19</sup> Besonders ausgeprägt Staudinger-Preis: BGB, Neubearbeitung 2002, § 626 Rn. 6 (Stufenverhältnis).

<sup>20</sup> Vgl. Hartmut Oetker: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Berlin 1994, S. 456.

<sup>21</sup> Staudinger-Bork: BGB, 13. Bearbeitung 1996, § 138 Rn. 333.

<sup>22</sup> MünchArbR-Berkowsky, a.a.O., (FN 8) § 131 Rn. 37.

haben und einen solchen suchen. Zugleich werde es den zu diesem Kreis Gehörenden wesentlich erschwert, von ihrem Grundrecht auf freie Berufswahl Gebrauch zu machen<sup>23</sup>. Das bereits 1957 ergangene Apotheken-Urteil, bis heute die Leitentscheidung zu Art. 12 GG, verbietet sogar ausdrücklich Beschränkungen des Berufszugangs für Außenstehende mit dem Ziel, die bereits im Beruf Tätigen vor Konkurrenz zu schützen<sup>24</sup>.

Seit fast zehn Jahren ist die „Zweischneidigkeit“ des Bestandsschutzes<sup>25</sup> ohne jede Auseinandersetzung mit dem WDR-Beschluß aus den einschlägigen Entscheidungen des BVerfG verschwunden. Die Beibehaltung des einmal gewählten Arbeitsplatzes wird zum Schutzbereich des Art. 12 GG gezählt, ohne daß der Konflikt mit dem Grundrecht der Arbeitsuchenden überhaupt nur erwähnt wird<sup>26</sup>. Der Schluß vom verfassungsrechtlichen Schutz der Beibehaltung des Arbeitsplatzes auf die verfassungsrechtliche Gebotenheit des Bestandsschutzes, den das BVerfG aus der Schutzpflicht des Staates für die Grundrechte ableitet<sup>27</sup>, beruht gar auf einem offenkundigen Denkfehler. Die Freiheit der Arbeitsplatzwahl verbietet dem Staat ihre Behinderung; sie verpflichtet ihn nicht dazu, die Arbeitsplatzwahl – durch die Bereitstellung und Beibehaltung von Arbeitsplätzen – zu ermöglichen<sup>28</sup>. Entsprechend kann auch die Schutzpflicht des Staates nur bedeuten, daß er Privaten die Behinderung der Arbeitsplatzwahl

untersagt, nicht, daß er Private zur Bereitstellung und/oder Beibehaltung des Arbeitsplatzes zugunsten des Grundrechtsträgers zwingt<sup>29</sup>.

### Begriffsvertauschung des BVerfG

Das BVerfG hat eine der Todsünden wider die Logik, nämlich eine Begriffsvertauschung, begangen, als es an die Stelle der Freiheit zur Wahl des Arbeitsplatzes ein Recht an dem gewählten Arbeitsplatz gesetzt hat. Dieses Vorgehen ist allenfalls vertretbar, wenn man die Grundrechte, was das BVerfG zumindest nicht ausdrücklich tut, mit der von einer Minderheit befürworteten sogenannten sozialstaatlichen Grundrechtstheorie<sup>30</sup> auch als Teilhaberechte begreift. Aber selbst die Erfüllung einer auf Teilhabe gerichteten Schutzpflicht ist gegebenenfalls an die verfassungsrechtlichen Schranken staatlichen Handelns gebunden. Auch für sie gilt der Satz des Apothekenurteils, daß das Ziel des Schutzes der bereits im Beruf Tätigen nicht Beschränkungen des Berufszugangs für Außenstehende rechtfertigen kann<sup>31</sup>. Wie immer man die Dinge wendet: Es führt kein Weg an der Feststellung vorbei, daß die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Kündigungsschutz eine eklatante juristische Fehlleistung ist.

Freilich ist eine juristische Fehlleistung des BVerfG nicht eine juristische Fehlleistung wie jede andere. Entscheidungen des

BVerfG wirken vielmehr über ihre offizielle Bindungskraft hinaus wie Daten, die von den Fachgerichten und in der fachwissenschaftlichen Diskussion regelmäßig kritiklos zugrunde gelegt werden. Inzwischen macht der mittlerweile als Rechtsanwalt tätige seinerzeitige Berichterstatter des BVerfG im gewerkschaftlichen Auftrag unter Berufung auf das BVerfG nicht nur gegen die geforderten Erleichterungen der Arbeitgeberkündigung Front, sondern sogar gegen die einzige Erleichterung, die schon die bisherige Kündigungsschutzpraxis gewährt, nämlich den grundsätzlichen Verzicht auf die Überprüfung der zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit führenden unternehmerischen Entscheidung im Fall der betriebsbedingten Kündigung.

Das Verfassungsrecht verlange eine „substantielle“ Abwägung der Interessen des Arbeitgebers gegen die des Arbeitnehmers. Insbesondere sollen Betriebsstillegungen einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen, der lediglich durch eine Einschätzungsprärogative des Arbeitgebers/Unternehmers hinsichtlich komplexer Sachverhalte wie der Marktentwicklung, der Wettbewerbsslage, technischer Neuerungen und ähnliche Grenzen gezogen sind. Betriebsbedingte Kündigungen sind danach nicht nur, wie es dem überkommenen arbeitstechnischen Sprachgebrauch entspricht, am arbeitstechnischen Bedarf, sondern an der ihrerseits mit kollidierenden Arbeitnehmerinteressen abzugleichenden unternehmenswirtschaftlichen Notwendigkeit zu messen<sup>32</sup>.

Bedenkt man überdies, daß das BVerfG selbst schon die kün-

<sup>23</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1982, S. 1447, 1449.

<sup>24</sup> BVerfGE 7, S. 377, 408.

<sup>25</sup> BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift, 1982, S. 1447, 1449 f.

<sup>26</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1475, 1476.

<sup>27</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1991, S. 1667; 1998, 1475.

<sup>28</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1991, S. 1667f; vgl. auch Volker Stelljes: Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, a.a.O., S. 85.

<sup>29</sup> Volker Stelljes: Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, a.a.O., S. 88 f.; ähnlich auch schon Josef Isensee, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof, HStR V, § 111 Rn. 132.

<sup>30</sup> Vgl. dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1974, S. 1529, 1535 f.

<sup>31</sup> BVerfGE 7, S. 377, 408; ausführlich Volker Stelljes, a.a.O. (FN 12), S. 91 ff.

<sup>32</sup> Jürgen Kühling: Freie Unternehmensentscheidung und Betriebsstillegung, a.a.O., S. 92, 96 ff.

digungsschutzrechtliche Privilegierung der Kleinbetriebe (= der kleinen arbeitstechnischen Einheiten) gemäß § 23 KSchG in eine Privilegierung der Kleinunternehmen (= der wirtschaftlichen Einheiten) korrigiert und selbst insoweit die Kündigungsfreiheit durch einen abgeschwächten Kündigungsschutz zweiter Klasse ersetzt wissen will<sup>33</sup>, dann wird überdeutlich: Es gibt nicht nur eine Fehlentwicklung der Kündigungsschutzpraxis auf der arbeitsrechtlichen, sondern – wenngleich erst in neuerer Zeit – auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene. Ohne Rückkehr des BVerfG zu seinen zutreffenden früheren Einsichten in die Eigenart des Kündigungsschutzes und die durch ihn aufgeworfene verfassungsrechtliche Problematik besteht die akute Gefahr, daß eine Reform des Kündigungsschutzrechts durch (teilweise) Deregulierung am BVerfG scheitert.

#### **Notwendigkeit der Rückbesinnung**

Unter diesem Vorbehalt bietet sich eine Reform des Kündigungsschutzrechts an, die sich als Kombination aus der Rückkehr zu den Vorstellungen der Väter des KSchG von 1951 im Grundsätzlichen und der Nutzung von Erfahrungen der kündigungsschutzrechtlichen Praxis im Detail darstellt. Da der Gesetzgeber zur Entfernung der Rechtsprechung von den Vorstellungen der Väter des KSchG 1951 wenig beigetragen hat, kann er auch zur Rückkehr wenig beitragen.

Was das KSchG selbst betrifft, so reicht im Kern die Streichung der 1972 angefügten S. 2 und 3 des § 1 II KSchG. Mit Rücksicht auf

den Umgang von Rechtsprechung und Schrifttum mit dem verbleibenden § 1 II 1 KSchG schon vor 1972 könnte es sich in der Sache empfehlen klarzustellen, daß es sich nicht – wie es im damals führenden Lehrbuch des Arbeitsrechts heißt – um eine „von mangelnder Folgerichtigkeit, Widersprüchen, Unklarheiten und Lücken gekennzeichnete“<sup>34</sup>, sondern um eine gesetzliche Regelung handelt, die so angewendet werden will, wie sie im Buch steht.

Aber das Gesetz ist für eine solche Klarstellung nicht der richtige Ort: Eine entsprechende Äußerung in den Materialien, die insbesondere den Abschied vom Ziel der Erhaltung der wirtschaftlichen und sozialen Existenzgrundlage zugunsten des Flankenschutzes für die betrieblichen Rechte und Freiheiten der Arbeitnehmer hervorhebt, sollte genügen, dem Mißverständnis vorzubeugen, die Beibehaltung des § 1 II 1 KSchG bedeute Billigung der dazu ergangenen richterlichen Rechtsfortbildung.

Mehr gesetzgeberisches Engagement erfordert die Rückkehr zu den Vorstellungen der Väter des KSchG von 1951 zu Zulässigkeit und Grenzen befristeter Arbeitsverhältnisse. Wer den Zweck des Kündigungsschutzes im Flankenschutz für die betrieblichen Rechte und Freiheiten der Arbeitnehmer sieht, hat mit der Möglichkeit befristeter Arbeitsverhältnisse grundsätzlich keine Probleme. Denn da beide Vertragsparteien bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses nur aus wichtigem Grund kündigen können, kann der Arbeitnehmer seine Rechte und Freiheiten ohne zusätzlichen gesetzlichen Schutz „angstfrei“ ausüben.

Anders ist es nur, wenn der Arbeitgeber ein an sich auf unbestimmte Zeit gedachtes Arbeitsverhältnis durch willkürliche Befristungen „zerhackt“, tritt doch dann die Drohung mit der Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses wirkungsgleich an die Stelle der Drohung mit der Kündigung. Folgerichtig ist der damalige § 620 BGB, der die Beendigung befristeter Arbeitsverhältnisse mit Ablauf der Befristung vorsah, vom Kündigungsschutzgesetzgeber des Jahres 1951 nicht angetastet worden. Die Begründung des Regierungsentwurfs verweist zur Frage der Zulässigkeit der Befristung nur auf die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts<sup>35</sup>, das Kettenarbeitsverhältnisse auf das Vorliegen einer Absicht zur Umgehung des Kündigungsschutzes überprüft hatte<sup>36</sup>.

Die Abwendung der Rechtsprechung vom Freiheitsschutzkonzept und ihre Hinwendung zum Existenzschutzkonzept für den Kündigungsschutz im engeren Sinne hat die Zulässigkeit der Befristung allgemein zum kündigungsschutzrechtlichen Problem gemacht, das die Rechtsprechung jahrzehntelang durch die rechtsfortbildende Forderung nach einem sachlichen Grund für die Befristung gelöst hat<sup>37</sup>. Erst mit dem am 1.1.2001 in Kraft getretenen Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) hat der Gesetzgeber sich dies (mit Ausnahmen) endgültig zu eigen gemacht<sup>38</sup>. Die durch das TzBfG

<sup>35</sup> Recht der Arbeit, 1951, S. 58, 63.

<sup>36</sup> Reichsarbeitsgericht, Arbeitsrechtssammlung, 9, S. 350; 16, S. 66; vgl. auch KR-Lipke, a.a.O. (FN 16), § 620 Rn., S. 73.

<sup>37</sup> Grundlegend Bundesarbeitsgericht (Großer Senat) AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; zusammenfassende Darstellung bei KR-Lipke, a.a.O. (FN 16), § 620 Rn., S. 76.

<sup>38</sup> Im einzelnen Staudinger-Preis, a.a.O. (FN 19), § 620 Rn., S. 16 ff.

<sup>33</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1475, 1476, 1478; vgl. auch Jürgen Kühling: Festschrift für Dieterich, München 1999, S. 325, 332 f.

<sup>34</sup> Hueck, Nipperdey: Arbeitsrecht I, 7. Aufl. 1963, S. 623.

umgesetzte EG-Befristungsrichtlinie hat ihn nicht dazu gezwungen. Damit wäre es auch vereinbar gewesen, wenn er sich im Einklang mit den Vorstellungen der Väter des KSchG 1951 mit einer Beschränkung der Zulässigkeit von Kettenarbeitsverhältnissen begnügt hätte<sup>39</sup>. Diesen Weg haben zum Beispiel die Niederlande beschritten, die in Deutschland als beschäftigungspolitisches Vorbild gelten<sup>40</sup>. Der deutsche Gesetzgeber sollte dem im Zuge der Reform des Kündigungsschutzrechts um der immanenten Konsistenz der Reform, aber auch um ihrer praktischen Effizienz willen folgen.

#### **Abfindung (nur) statt Sozialauswahl**

Dem Verständnis des Kündigungsschutzes als Flankenschutz für die betrieblichen Rechte und Freiheiten der Arbeitnehmer entspricht es nicht, ihn – wie vielfach vorgeschlagen wird<sup>41</sup> – durch ein Recht des Arbeitgebers zur freien Kündigung gegen Entschädigung bzw. Abfindung zu ersetzen. Es mag sein, daß Kündigungsschutzprozesse regelmäßig in Abfindungsvergleichen oder mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers gegen Entschädigung trotz Obsiegens enden, weil der Rechtsstreit das Arbeitsverhältnis so zerrüttet, daß seine Fortsetzung auch aus Arbeitnehmersicht nicht mehr sinnvoll ist<sup>42</sup>. Aber das besagt nichts

über den Sinn eines Kündigungsschutzes, der mehr als ein Recht auf Abfindung ist.

Ein Recht auf Abfindung statt des Bestandsschutzes verschafft dem Arbeitnehmer nicht die Sicherheit, die er braucht, um „angstfrei“ ein offenes Wort zu wagen oder eine Krankheit auskurieren zu können<sup>43</sup>. Diskutabel ist der Vorschlag, die in § 1 III KSchG vorgeschriebene soziale Auswahl im Fall betriebsbedingter Kündigungen durch der Höhe nach an der sozialen Härte für den betroffenen Arbeitnehmer orientierte Entschädigungszahlungen zu ersetzen<sup>44</sup>. Die gerichtsfeste soziale Auswahl bereitet in der Praxis erfahrungsgemäß besonders große Schwierigkeiten, so daß viele Kündigungen trotz redlichen und aufwendigen Bemühens daran scheitern<sup>45</sup>. Die Orientierung der Entschädigung an der sozialen Härte für den betroffenen Arbeitnehmer stellt sicher, daß das Bemühen um eine soziale Auswahl nicht aufhört. Denn die Kündigung kostet um so mehr, je unsozialer die getroffene Auswahl ist<sup>46</sup>.

Freilich stellt sich die bange Frage nach den Kriterien der sozialen Auswahl und ihrem relativen Gewicht zueinander. Die verbreitete Forderung nach einer Kombination aus Lebensalter und Dauer der Betriebszugehörigkeit kann das letzte Wort nicht sein. Denn die Dauer

der Betriebszugehörigkeit hat gar nichts, das Lebensalter zumindest nicht notwendig etwas mit der sozialen Härte des Arbeitsplatzverlustes zu tun. Hingegen vermißt man das Ausmaß der Unterhaltspflichten, das offenbar eine ganz zentrale Rolle für die soziale Härte spielt<sup>47</sup>.

#### **Erleichterung des Kündigungsverfahrens**

Trotz der Neigung mancher Arbeitsgerichte, Kündigungen über überhöhte Anforderungen an die Anhörung des Betriebsrats ohne Prüfung ihrer materiellen Voraussetzungen zu Fall zu bringen, ist diese als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung beizubehalten<sup>48</sup>. Das gilt gerade dann, wenn man mit den Vätern des Kündigungsschutzgesetzes von 1951 statt der verhältnismäßigen nurmehr die sachlich gerechtfertigte Kündigung verlangt. Am Meinungsaustausch mit dem Betriebsrat kann der Arbeitgeber am besten erkennen, ob die beabsichtigte Kündigung eine verständliche oder eine überzogene Reaktion auf das Verhalten des Arbeitnehmers, die Mängel seiner Arbeitsfähigkeit oder den Rückgang des Arbeitsbedarfs ist. Die Anhörung trägt so tendenziell dazu bei, daß namentlich Kündigungen aus Ärger, Antipathie und ähnliches unterbleiben. Das spart allen Beteiligten Zeit und Geld.

Allerdings sind die gegenwärtigen Unsicherheiten über den notwendigen Inhalt der Anhörung auszuschließen. Wenn der Arbeitgeber die Art der Kündigung (ordentliche oder außerordentliche), die Art des Kündigungsgrundes (verhaltens-

<sup>39</sup> Manfred Löwisch, Jobst-H. Bauer, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2000, S. 756.

<sup>40</sup> Vgl. dazu Bernd Waas: „Bausteine“ einer Flexibilisierung des deutschen Arbeitsrechts aus rechtsvergleichender Sicht am Beispiel der Niederlande, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2003, S. 1, 14.

<sup>41</sup> Zuletzt Herbert Buchner: Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, a.a.O., S. 533, 535 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>42</sup> Jobst-H. Bauer: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, a.a.O. 2002, S. 529.

<sup>43</sup> Zutreffend Wolfgang Hromadka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, a.a.O., S. 383, 393.

<sup>44</sup> So Wolfgang Hromadka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, a.a.O., S. 383, 394; Ulrich Preis: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, a.a.O., S. 252, 255 mit FN 17.

<sup>45</sup> Wolfgang Hromadka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, S. 383, 394.

<sup>46</sup> Richtig Wolfgang Hromadka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, a.a.O., S. 383, 394.

<sup>47</sup> Vgl. dazu KR-Etzel, a.a.O. (FN 16), § 1 KSchG Rn. 684 ff.

<sup>48</sup> Jobst-H. Bauer: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, a.a.O., S. 529, 531, 533.

person- oder betriebsbedingt) und den ihn stützenden wesentlichen Sachverhalt mitteilt, muß das für die Ordnungsgemäßheit der Anhörung jedenfalls dann ausreichen, wenn der Betriebsrat nicht durch konkrete Fragen weitergehende Informationen begehrt<sup>49</sup>. Schließlich würde es die Akzeptanz des Kündigungsschutzes wesentlich fördern, wenn die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit nicht nur – wie zur Zeit – wegen Fehlens der sozialen Rechtfertigung, sondern wegen jeglicher Unwirksamkeit kurzfristig erhoben werden müßte<sup>50</sup>.

### Das Kleinbetriebsprivileg

Die Absenkung der Anforderungen an die Wirksamkeit der Kündigung macht Pläne gegenstandslos, die Schwellenwerte für den Geltungsanspruch des Kündigungsschutzes deshalb anzuheben, weil allenfalls größere Unternehmen den intellektuellen Anforderungen des Kündigungsschutzes genügen und die namentlich aus seiner gegenwärtigen Unkalkulierbarkeit resultierenden wirtschaftlichen Risiken tragen können<sup>51</sup>. Der Verzicht auf Willkür ist jedem zumutbar; gegen Abfindungslasten kann man durch die Bildung von Rückstellungen Vorsorge treffen<sup>52</sup>. Die Kündigungsfreiheit in Kleinbetrieben rechtfertigt sich vor diesem Hintergrund wie eh und je allein dadurch, daß die Forderung nach sachlicher

Begründung der Kündigung sachliche Arbeitsbeziehungen voraussetzt. In Kleinbetrieben sind die Arbeitsbeziehungen mangels formaler Organisation der Zusammenarbeit in besonderer Weise davon abhängig, daß die Beteiligten persönlich harmonisieren. Zutreffend stellt das BVerfG im ersten Kleinbetriebs-Beschluß fest: „Auf seine (sc. des Arbeitnehmers) Leistungsfähigkeit kommt es ebenso an wie auf Persönlichkeitsmerkmale, die für die Zusammenarbeit, die Außenwirkung und das Betriebsklima von Bedeutung sind. Kleine Teams sind anfällig für Mißstimmungen und Querelen.“<sup>53</sup>

Um so unverständlicher ist, daß die Schlußfolgerungen des Kleinbetriebs-Beschlusses diese Einsicht vollständig ignorieren: Das Kleinbetriebsprivileg des § 23 KSchG soll von Verfassungen wegen nicht für kleine Betriebe, sondern für kleine Unternehmer/Arbeitgeber gelten, so daß die Schlüsselrolle der persönlichen Harmonie für die Funktionsfähigkeit kleiner Teams unberücksichtigt bleibt, wenn der kleine Betrieb Bestandteil eines größeren Mehrbetriebsunternehmens ist<sup>54</sup>. Inhaltlich soll das Privileg dem Kleinbetrieb (= Kleinarbeitgeber) nicht Kündigungsfreiheit verschaffen, sondern lediglich das von der herrschenden Meinung angenommene Gebot der Verhältnismäßigkeit in das Gebot der Sachlichkeit der Kündigung abschwächen, so daß das Ventil für die Rücksicht auf den Einfluß persönlicher Imponderabilien, die das kleine Team auch nach Ansicht des BVerfG zu seiner Funktionsfä-

higkeit braucht, doch verschlossen bleibt<sup>55</sup>.

Inzwischen sind, angestoßen durch den Kleinbetriebs-Beschluß, für die Kleinbetriebe Konzepte eines „Kündigungsschutzes zweiter Klasse“ in der Diskussion, die in der harmlosesten Variante eine Kopie des von den Vätern des KSchG von 1951 vorgesehenen Gebots der sachlich begründeten Kündigung darstellen<sup>56</sup>, zum Teil jedoch darüber hinaus verhältnismäßige Kündigungen fordern, die sich von dem von der herrschenden Meinung praktizierten Kündigungsschutz erster Klasse nur dadurch unterscheiden, daß die betrieblichen Interessen ein relativ höheres Gewicht erhalten<sup>57</sup>. Zumindest die letzte Version bedeutet, daß das „Schreckgespenst“ (Pfarr) auch in Kleinbetrieben (Kleinunternehmen) Einzug hält; die intellektuellen Anforderungen und die Unkalkulierbarkeit der wirtschaftlichen Risiken der Kündigung bestehen unabhängig davon, ob das KSchG gilt oder nicht, so daß Projekte wie der sogenannte Clement-Vorschlag, Unternehmen, die den Schwellenwert des § 23 KSchG überschreiten, die „Kündigungsfreiheit“ im bisherigen Umfang zu erhalten, von vornherein sinnlos sind. Auch deshalb ist es dringend geboten, daß das BVerfG die Irrtümer seiner neueren Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Bestandsschutz korrigiert und zu seinen Ansichten vor 1991 zurückkehrt.

<sup>49</sup> So im wesentlichen Ulrich Preis: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, a.a.O., S. 252, 259; Wolfgang Hromádka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, a.a.O., S. 383, 395, 399.

<sup>50</sup> Jobst-H. Bauer: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, a.a.O., S. 529, 531 f., 533; Ulrich Preis: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, a.a.O., S. 252, 258 mit FN 26.

<sup>51</sup> Jobst-H. Bauer: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, a.a.O., S. 529, 531, 533.

<sup>52</sup> Richtig Wolfgang Hromádka: Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, a.a.O., S. 383, 394.

<sup>53</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1475, 1476.

<sup>54</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1475, 1478; zutreffende Kritik bei Volker Stelljes: Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, a.a.O., S. 238 ff., 257.

<sup>55</sup> BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1475, 1476; ähnliche Kritik bei Volker Stelljes: Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, a.a.O., S. 276 (der im übrigen S. 269 ff. zu Recht auf den Schutz verweist, den bereits § 612 a BGB gewährt).

<sup>56</sup> Peter Hanau: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in: Festschrift für Dietrich, München 1999, S. 201, 207 ff.

<sup>57</sup> Hansjörg Otto: Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in: Festschrift für Wiese, Neuwied 1998, S. 353, 359 ff.