
Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt

Juergen B. Donges, Johann Eekhoff
Wolfgang Franz, Wernhard Möschel
Manfred J.M. Neumann
(Kronberger Kreis)

**Flexibler Kündigungsschutz
am Arbeitsmarkt**

Schriftenreihe: Band 41

Gefördert durch die
informedia-Stiftung
Gemeinnützige Stiftung für Gesellschaftswissenschaften
und Publizistik, Köln

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische
Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar

© 2004

Stiftung Marktwirtschaft
Charlottenstr. 60, 10117 Berlin

Telefon (030) 2060570 – Telefax (030) 20605757
e-mail: info@stiftung-marktwirtschaft.de
internet: www.stiftung-marktwirtschaft.de

ISBN 3-89015-096-9

Vorbemerkung

Der Schutz des Arbeitnehmers gegen willkürliche Kündigung, das war und ist das akzeptierte soziale Grundanliegen des seit 1951 bestehenden gesetzlichen Kündigungsschutzes. Aber die seitherige Fortentwicklung des Kündigungsschutzrechts hat dazu geführt, dass das aus wirtschaftlichen Gründen unvermeidliche Entlassen von Arbeitnehmern rechtlich behindert wird. Die rechtlichen Erschwernisse machen normales Entlassen für die Unternehmen zu einer unter Umständen sehr kostenträchtigen Angelegenheit, und das veranlasst viele Unternehmen zu einem generell zögerlicheren Einstellungsverhalten. Der gesetzliche Kündigungsschutz diskriminiert die Arbeitsuchenden. Diese weithin geteilte Einschätzung hat die Bundesregierung inzwischen veranlasst, den Schwellenwert für die Geltung des gesetzlichen Kündigungsschutzes von fünf auf zehn Beschäftigte heraufzusetzen. Das war ein richtiger, aber doch zu zaghafter Schritt.

Der Kronberger Kreis entwickelt und begründet in dieser Studie einen umfassenden Reformvorschlag. Darin wird vorgeschlagen, den gesetzlichen Kündigungsschutz einzelvertraglich abdingbar zu machen. Bei jeder Neueinstellung sollte es den Vertragspartnern überlassen sein zu vereinbaren, ob sie den gesetzlichen Kündigungsschutz einschränken oder ausschließen wollen und ob ein Verzicht durch Zahlung eines Lohnzuschlags oder einer Abfindung im Kündigungsfall abgegolten werden soll. Bestehende Arbeitsverträge blieben von der Reform unberührt, aber sie könnten, sofern die betroffenen Arbeitnehmer es wünschen, entsprechend neu verhandelt werden. Natürlich bleibt es bei dem Verbot willkürlicher Kündigungen.

Zum Entstehen dieser Studie haben die Kollegen Eduard Picker und Horst-Manfred Schellhaaß beigetragen, indem sie uns in einer frühen Phase für ausführliche Diskussionen verschiede-

ner Aspekte des gesetzlichen Kündigungsschutzes zur Verfügung standen. Wir sind ihnen wie auch Olaf Sievert, der bei den ersten Beratungen wesentliche Anregungen gegeben hat, zu Dank verpflichtet.

April 2004

Juergen B. Donges, Johann Eekhoff
Wolfgang Franz, Wernhard Möschel
Manfred J.M. Neumann
(KRONBERGERKREIS)

Inhalt

I. Einführung: Zum Stellenwert des Kündigungsschutzes	7
Reformbedarf am Arbeitsmarkt – Umkehrung der Beweislast – Kündigungsschutz Teil der beschäftigungsfeindlichen Rigiditäten	
II. Problemlage des gesetzlichen Kündigungsschutzes	9
1. Der Sachverhalt	9
Verfassungsrechtliche Verankerung – Geltungsbereich des gesetzlichen Kündigungsschutzes – Soziale Rechtfertigung – Struktur der Kündigungsschutzprozesse	
2. Welche Kritikpunkte werden mit welcher Berechtigung vorgetragen?	15
Geringere Arbeitsmarktdynamik – International vergleichende Studien deuten auf negative Beschäftigungswirkungen hin – Negative Wirkungen auch für Deutschland zu beobachten – Tendenz zu zementierendem Bestandschutz für Arbeitsverhältnisse – Rechtsunsicherheit durch Richterrecht begünstigt den Zwang zur Abfindungszahlung	
III. Gesetzlicher versus privat vereinbarter Kündigungsschutz	24
Sicherheit des Arbeitsplatzes – Wirkungen eines gesetzlichen Kündigungsschutzes auf einem freien Markt – Wirkungen eines gesetzlichen Kündigungsschutzes bei Tariflöhnen – Kündigungsschutz oder Abfindung? – Auf freiwillige Lösungen setzen	

IV. Reform des Kündigungsschutzes 37

Eine Marktzutrittsschranke ist abzubauen – Leitvorstellungen für eine grundlegende Reform – Das Recht auf individuelle Vertragsgestaltung – Für den Übergang: Den Kündigungsschutz in Neuverträgen abdingbar machen – Die gesetzliche Sozialplanpflicht ist ebenfalls reformbedürftig – Befristete Arbeitsverträge verlieren an Bedeutung – Auf positive Beschäftigungswirkungen vertrauen

Zusammenfassung 58

I. Einführung: Zum Stellenwert des Kündigungsschutzes

1. Seit geraumer Zeit mahnen inländische und ausländische Institutionen eine gründliche Reform des Regelwerkes auf dem Arbeitsmarkt an. In der Tat sind hier Rigiditäten Legion. Sie treiben die Arbeitskosten in die Höhe, verzögern notwendige Anpassungsprozesse und sind infolgedessen mitverantwortlich für die hohe Persistenz der Arbeitslosigkeit in Deutschland. Der gesetzliche Kündigungsschutz gehört dabei zu den am häufigsten angeprangerten Inflexibilitäten. An vorderster Front steht in diesem Zusammenhang das Arbeitsrecht sowohl in Form des Gesetzesrechts wie auch in Gestalt des Richterrechts, welches das Gesetzesrecht zum Teil über die Normzwecke des Gesetzgebers hinaus fortentwickelt hat.

**Reformbedarf
am Arbeits-
markt**

Die Bundesregierung hat mit dem zu Beginn des Jahres 2004 in Kraft getretenen Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt erste zaghafte Anläufe zur Flexibilisierung des Kündigungsschutzes unternommen, um diesen „etwas gelenkiger“ zu machen, so der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vor dem Deutschen Bundestag. Diese Bemühungen sollen hier angesichts massiver Widerstände nicht klein geschrieben werden. Gleichwohl: Der dringend erforderliche große Wurf war das nicht. Es besteht nach wie vor Handlungsbedarf.

2. Die Gegner einer Reform des Kündigungsschutzes fordern regelmäßig einen Nachweis der nachteiligen Wirkungen der geltenden Regelungen. Ohne hieb- und stichfeste Belege sei man nicht bereit, eine Flexibilisierung des Kündigungsschutzes auch nur ins Blickfeld zu nehmen. Eine solche Argumentation ist vom Ansatz her verfehlt: In einer demokratischen und marktwirtschaftlichen Ordnung ist nicht derjenige beweispflichtig, der den Arbeitnehmern und Arbeitgebern weitest mögliche Vertragsfreiheit zubilligen möchte, sondern die Beweisspflicht obliegt denjenigen, die die Vertragsfreiheit begrenzen wollen. Für eine Einschränkung der Vertragsfreiheit mag es

**Umkehrung der
Beweislast**

Kündigungsschutz Teil der beschäftigungsfeindlichen Rigiditäten

in bestimmten Fällen eines Marktversagens diskussionswürdige Gesichtspunkte geben, diese müssen aber gut begründet und auf den Prüfstand gestellt werden. So wird ein Schuh daraus: Wer die Vertragsparteien bevormunden will, ist beweispflichtig, nicht derjenige, der die Bevormundung beseitigen will.

3. Niemand behauptet, der Kündigungsschutz sei allein ursächlich für die Misere auf den hiesigen Arbeitsmärkten. Das wird noch nicht einmal dem insgesamt inflexiblen institutionellen Regelwerk zugeschrieben. Denn wenn es um die Schaffung neuer, wettbewerbsfähiger Arbeitsplätze geht, dann nehmen die Tarifvertragsparteien die Führungsrolle ein. Mehr noch: Ein glaubwürdig für mehrere Jahre angelegter beschäftigungsfreundlicher Kurs der Lohnpolitik würde vielen Rigiditäten auf den Arbeitsmärkten ihre Bremswirkung beim Beschäftigungsaufbau zu einem beachtlichen Teil nehmen. Jedoch leistet sich Deutschland die schlechteste aller Welten. Die Tariflohnpolitik hat oft – zuletzt im Jahr 2003 – eine beschäftigungsfeindliche Richtung eingeschlagen, und als ob dies nicht schon besorgniserregend genug wäre, der Abbau von beschäftigungsfeindlichen Rigiditäten kommt, wenn überhaupt, dann nur sehr schleppend und gegen den erbitterten Widerstand eben derjenigen zustande, welche hauptverantwortlich für die überzogenen Tariflohnabschlüsse sind. Diese unheilige Allianz entbehrt nicht einer gewissen, wenn auch makabren Logik, denn eine beschäftigungsfeindliche Lohnpolitik benötigt einen möglichst zementierten Kündigungsschutz, um die Arbeitsplatzbesitzer, soweit es eben geht, vor den Folgen lohnpolitischen Fehlverhaltens, also vor Entlassungen, zu schützen. Von den Arbeitslosen als den Außenseitern auf dem Arbeitsmarkt spricht in diesem Zusammenhang niemand.

II. Problemlage des gesetzlichen Kündigungsschutzes

1. Der Sachverhalt

4. Das seit dem Jahre 1951 bestehende Kündigungsschutzgesetz (KSchG) soll den Arbeitnehmer vor einer willkürlichen Kündigung durch den Arbeitgeber schützen. Nach § 1 dieses Gesetzes ist eine ordentliche Kündigung nur wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Das Sozialstaatsprinzip in Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz schränkt insoweit die Privatautonomie des Arbeitgebers ein. Genauer: Eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht aus Artikel 12 Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber, dafür Sorge zu tragen, dass ein Arbeitnehmer einen frei gewählten Arbeitsplatz nur nach Maßgabe sachlich berechtigter Gründe gegen seinen Willen aufgeben muss (BVerfGE 84, 133, 146 f.). Auf der anderen Seite darf ein Arbeitgeber nicht übermäßig an einmal begründete Arbeitsverhältnisse gebunden werden. Dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers steht die ebenfalls auf Artikel 12 Grundgesetz gründende Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers gegenüber (BVerfGE 97, 169, 176). Aufgabe des Kündigungsschutzrechtes ist es, hier für einen verträglichen Ausgleich zu sorgen. Dabei verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Gestaltungsfreiraum.

5. Im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutzrecht sind die erleichterte Aufnahme befristeter Arbeitsverhältnisse und der Ausbau der Zeitarbeit zu sehen. Beide Instrumente ermöglichen eine gewisse Beweglichkeit. So dürfen zum Beispiel nach dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 19. Dezember 2003 Existenzgründer in den ersten vier Jahren nach Unternehmensgründung befristete Arbeitsverträge ohne sachlichen Befristungsgrund bis zur Dauer von vier Jahren abschließen.

6. Zu unterscheiden ist zwischen dem „allgemeinen“ Kündigungsschutz und dem „besonderen“ Kündigungsschutz. Der erstere ist im Kündigungsschutzgesetz geregelt und gilt grundsätzlich für sämtliche Arbeitsverhältnisse. Der „besondere“

**Verfassungs-
rechtliche
Verankerung**

**Geltungsbe-
reich des
gesetzlichen
Kündigungs-
schutzes**

erfasst im Wege spezieller Regelungen nur einzelne Arbeitnehmergruppen, die als besonders schutzbedürftig gelten (z. B. Mütter, Schwerbehinderte und betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger). Nicht hierher gehört die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB. Danach kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Ein solcher Kündigungsgrund ist Ausfluss des allgemein geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben und gilt für sämtliche Dauerschuldverhältnisse.

Nach wie vor können beide Beteiligte jederzeit einvernehmlich ein Arbeitsverhältnis aufheben (§§ 311 Absatz 1, 623 BGB). Seit dem 1. Mai 2000 bedarf ein solcher Aufhebungsvertrag allerdings der Schriftform. Aufhebungsverträge kommen meist auf Anregung des Arbeitnehmers zustande, wenn dieser den Eindruck vermeiden will, gekündigt worden zu sein. Wenn dabei eine Abfindung gezahlt wird, ruht allerdings nach § 143a Sozialgesetzbuch III ein Anspruch auf Arbeitslosengeld. Den Arbeitgeber trifft dabei eine Aufklärungspflicht über nahe liegende, dem Arbeitnehmer drohende sozialrechtliche Folgen eines Auflösungsvertrages.

7. Bis zum Jahre 1995 waren Kleinunternehmen mit bis zu fünf Mitarbeitern von der Anwendung des KSchG ausgenommen. Von 1996 bis 1998 war dieser Schwellenwert auf zehn Mitarbeiter heraufgesetzt. Nach dem Regierungswechsel im Jahre 1998 wurde der frühere Rechtszustand wiederhergestellt. Das Reformgesetz vom 19. Dezember 2003 hat den Schwellenwert erneut von fünf auf zehn Beschäftigte angehoben; doch gilt diese Regelung nur für neu eingestellte Mitarbeiter. Der Kündigungsschutz nach dem KSchG greift nur für Arbeitsverhält-

nisse, welche länger als sechs Monate in demselben Betrieb oder Unternehmen bestanden haben.

8. Nach dem Kündigungsschutzgesetz muss die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Das Gesetz unterscheidet drei Kündigungsgründe: Die *verhaltensbedingte* Kündigung setzt eine vorwerfbare Störung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitnehmers voraus (Vertragsverletzung nach Abmahnung). Bei der *personenbedingten* Kündigung handelt es sich um eine nicht vorwerfbare Störung ebenfalls aus der Sphäre des Arbeitnehmers (Eignungsmangel mit erheblichen Auswirkungen). Eine Krankheit des Arbeitnehmers kann zum Beispiel dazu führen, dass er dauerhaft in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigt ist. *Betriebsbedingte* Kündigungen stammen aus der Sphäre des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann aufgrund einer sich verschlechternden Wirtschaftslage nicht mehr ausreichend Arbeitsplätze zur Verfügung stellen. Betriebsbedingte Kündigungen bleiben nach Maßgabe des Gesetzes sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann und der Betriebsrat entsprechend votiert hat, oder wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hierzu erklärt hat.

Soziale Rechtfertigung

9. Die Rechtsprechung prüft die Rechtmäßigkeit von betriebsbedingten Kündigungen in einem Dreierschritt, in dem sich letztlich ein Verhältnismäßigkeitsgrundsatz niederschlägt:

- Ist die Kündigung *geeignet*, auf das geltend gemachte betriebliche Problem zu antworten? Hier muss ein Arbeitgeber substantiiert darlegen, aufgrund welcher unternehmerischen Maßnahme, z. B. Schließung eines Teilbetriebs, welcher Arbeitsplatz weggefallen ist.

- Ist die betriebsbedingte Kündigung *erforderlich*? Mit anderen Worten: Kann ein Arbeitskräfteüberhang nicht anders als durch Kündigung ausgeglichen werden, etwa durch den Abbau von Überstunden? Kommen Umsetzungen oder eine Weiterbildung als mildere Maßnahmen in Betracht?
- Ist die erforderliche Kündigung auch *personell angemessen*?

Allerdings überprüfen Gerichte nicht die „Richtigkeit“ von unternehmerischen Entscheidungen. Diese können in den Worten des Bundesarbeitsgerichts nur darauf überprüft werden, ob sie „offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich“ sind und möglicherweise nur als Vorwand dienen (BAG NJW 2000, 378, 379).

10. Bei der personellen Angemessenheit kommt der Gesichtspunkt der Sozialauswahl ins Spiel. Er wird wiederum in einem Dreierschritt geprüft:

- Welche Arbeitnehmer sind nach Aufgabe und Bezahlung miteinander so vergleichbar, dass sie in die Auswahl einzubeziehen sind (Auswahlkreis)?
- Welche Arbeitnehmer aus dem Auswahlkreis werden durch die Kündigung am wenigsten hart getroffen (soziale Schutzwürdigkeit)? Hier hat das Reformgesetz vom 19. Dezember 2003 eine Begrenzung auf vier Kriterien gebracht: Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. Das entspricht im Wesentlichen der bisherigen Praxis.
- Schließlich ist zu prüfen, ob eine ausreichende Gewichtung vorgenommen wurde (Auswahlentscheidung). In die soziale Auswahl sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt (§ 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG).

Ist in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung festgelegt, welche sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind und wie diese Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so können die Gerichte die soziale Auswahl der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfen (§ 1 Absatz 4 KSchG).

11. Der Betriebsrat hat bei einer ordentlichen Kündigung kein materielles Mitbestimmungsrecht. Er ist allerdings vorher zu hören. Wurde dies versäumt, ist eine Kündigung nach § 102 Absatz 1 BetrVerfG unwirksam. Wurde der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört und hat er einer Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen, so kann ein Arbeitnehmer während eines Kündigungsschutzprozesses den besonderen Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Absatz 5 BetrVerfG bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreites geltend machen.

12. Das Reformgesetz vom 19. Dezember 2003 gewährt jetzt einem Arbeitnehmer im Falle einer betriebsbedingten Kündigung eine neue Option: Falls er nicht binnen der Dreiwochenfrist Klage erhebt, kann er einen Anspruch auf Abfindung geltend machen (0,5 Monatsverdienst pro Jahr Betriebszugehörigkeit), vorausgesetzt der Arbeitgeber hat in der (schriftlich abzugebenden) Kündigungserklärung einen entsprechenden Hinweis gegeben.

13. Im Jahre 2002 wurden vor den Arbeitsgerichten, also in der 1. Instanz, rund 625.000 Klagen eingereicht, 610.000 davon wurden erledigt. Kündigungsschutzklagen waren davon 297.000.¹ Diese Kündigungsschutzklagen betrafen ganz überwiegend betriebsbedingte Kündigungen. Der weitaus größte Teil dieser Kündigungsschutzklagen wurde nach Auskunft von Arbeitsrichtern und Unternehmensanwälten nicht durch

Struktur der Kündigungs- schutzprozesse

¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit: „Ergebnisse der Statistik der Arbeitsgerichtsbarkeit 2002“.

streitiges Urteil, sondern im Wege eines Vergleichs gegen Abfindung erledigt.

Die Kündigungsschutzklage muss innerhalb von drei Wochen eingereicht werden. Der obligatorische Gütetermin findet bei kleinen Arbeitsgerichten binnen vier Wochen, bei größeren innerhalb von zwei Monaten statt. Die endgültige Entscheidung, wie gesagt fast ausschließlich ein Vergleich, folgt nach weiteren zwei Monaten bei kleineren Arbeitsgerichten oder drei bis sechs Monaten bei größeren. Seit 2001 kann der Vergleich nach dem Gütetermin auch in einem schriftlichen Verfahren herbeigeführt werden. Davon wird zunehmend Gebrauch gemacht. Insgesamt werden etwa 68 vH aller Kündigungsschutzklagen in einem Vierteljahr erledigt. Nach sechs Monaten sind es bereits rund 86 vH.

14. Bei einem Vergleich fallen im Arbeitsgerichtsprozess keine Gerichtskosten an. Größere Unternehmen halten sich Rechtsabteilungen. Diese haben den Charakter von fixen Kosten. Kleinere Unternehmen bemühen einen Anwalt. Vielfach haben sie eine Rechtsschutzversicherung. Die Anwaltsgebühren belaufen sich im Durchschnitt auf ca. 1.200,- bis 1.500,- Euro (Streitwert drei Monatsgehälter, drei volle Gebühren). Auf Arbeitnehmerseite sind häufig Vertreter der Gewerkschaften (Gewerkschaftssekretäre) tätig. Diese sind keine Volljuristen, haben aber in dieser Materie eine solide Reputation.

Die Abfindungshöhe schwankt. Es gibt namentlich bei größeren Arbeitsgerichten wie zum Beispiel dem Arbeitsgericht Frankfurt eine Tendenz zu einer Formalisierung: Pro Jahr Betriebszugehörigkeit wird dort bis zum 40. Lebensjahr 0,5 Monatsgehalt bezahlt. Zwischen 40 und 50 Lebensjahren 0,75 und ab dem 50. Lebensjahr gilt der Faktor 1. Für Deutschland ist Ch. Grund² anhand von Daten des Sozio-ökonomischen Panels für die Zeitperiode 1991 bis 1998 zu folgenden Ergebnissen

2 Grund, Ch. (2003): „Severance Payments for Dismissed Employees in Germany“. IZA Discussion Paper, No. 875, Bonn.

gelangt: Im Gesamtdurchschnitt werden in Westdeutschland pro Jahr der Betriebszugehörigkeit etwa 60 vH eines Monatseinkommens gezahlt, in Ostdeutschland 40 vH. Auch die Firmengröße spielt eine Rolle. So sind Abfindungen in großen Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten durchschnittlich etwa viermal so hoch wie in den kleinen Unternehmen mit nicht mehr als fünf Beschäftigten. In absoluten Beträgen belief sich die durchschnittliche Abfindung in Westdeutschland auf 9.000,- Euro, in Ostdeutschland auf rund 5.400,- Euro. Sehr viel höher pflegen die Abfindungen bei Massenentlassungen nach Maßgabe der §§ 111 ff. BetrVerfG zu liegen, jedenfalls im Westen. Hier steigen die in Sozialplänen festgelegten Beträge im Durchschnitt auf 13.200,- Euro Abfindung pro Entlassenen.

2. Welche Kritikpunkte werden mit welcher Berechtigung vorgetragen?

15. Gesetzlicher Kündigungsschutz – das ist ein Hauptpunkt der Kritik – verringert die für das Florieren der Wirtschaft notwendige Anpassungsfähigkeit der Unternehmen. Die Kosten betrieblicher Umstellungen sind höher als notwendig, auch unter Abwägung der Interessen der Arbeitnehmer. Der Wettbewerbsprozess an den Gütermärkten vollzieht sich in einem steten Wechsel der Absatzchancen für die Unternehmen. Leistungsfähige Unternehmen können ihre Produktion ausdehnen und suchen dafür zusätzliche Arbeitskräfte, während zurückfallende Unternehmen darauf angewiesen sind, teils vorübergehend, teils auf Dauer ihre Produktion und damit ihre Belegschaften einzuschränken. Im Querschnitt über sämtliche Gütermärkte nimmt das Ausmaß der Suche nach Arbeitskräften seitens erfolgreicher Unternehmen und des gleichzeitigen Entlassens von Arbeitskräften zu, wenn sich der Strukturwandel beschleunigt. Das Wechseln von Arbeitnehmern aus der Arbeitslosigkeit in eine Beschäftigung, aus einer Beschäftigung in (vorübergehende) Arbeitslosigkeit oder gleich in eine andere, möglicherweise höherwertige Beschäftigung ist effizienzfördernd.

**Geringere
Arbeitsmarkt-
dynamik**

Der gesetzliche Kündigungsschutz bremst die Dynamik der wirtschaftlichen Entwicklung insoweit, als es den Unternehmen erschwert wird, die Belegschaft den sich ändernden Marktbedingungen anzupassen. Diese Regulierung verursacht zusätzliche Entlassungskosten, die im Einzelfall beträchtlich sein können. Das gilt für Kündigungen, die aufgrund eines schwindenden Auftragseingangs unabwendbar werden, aber es gilt auch für Kündigungen, die auf ein für das Betriebsklima und den Arbeitsprozess unzuträgliches persönliches Verhalten einzelner Arbeitnehmer zurückzuführen sind. Weil Unternehmen zusätzliche Entlassungskosten scheuen, werden sie sich auch bei einer zunehmenden Nachfrage nach ihren Produkten mit der Einstellung zusätzlicher Arbeitskräfte erst einmal zurückhalten. Solange sie nicht überzeugt sind, dass die Zunahme der Nachfrage nach ihren Produkten dauerhaft ist, werden sie es vorziehen, die Belegschaft zusätzliche Überstunden arbeiten zu lassen. Dieses Abwarten beim Einstellen neuer Arbeitskräfte besteht erst recht für Angehörige von besonderen Personengruppen, für die es einen verstärkten Kündigungsschutz gibt.

**International
vergleichende
Studien deuten
auf negative
Beschäfti-
gungswirkun-
gen hin**

16. In einer Reihe empirischer Untersuchungen werden die Wirkungen des gesetzlichen Kündigungsschutzes auf den Arbeitsmarkt international verglichen. Die OECD³ hat für diesen Zweck einen Indikator der relativen Strenge des Kündigungsschutzes entwickelt. Danach war Ende der neunziger Jahre der Kündigungsschutz zugunsten der Arbeitnehmer am stärksten in den Niederlanden ausgebaut, gefolgt von Deutschland und Portugal.

In einem Überblicksaufsatz, der neben der OECD-Studie vierzehn weitere empirische Untersuchungen auswertet, kommen Addison und Teixeira⁴ zu folgender Gesamteinschätzung der Wirkungen von Kündigungsschutz: Aus zwölf der fünfzehn Studien ergibt sich, dass im Ländervergleich das Ausmaß des

³ OECD (1999): Employment Outlook, Juni 1999.

⁴ Addison, JT. und P. Teixeira (2001): „The Economics of Employment Protection“, IZA Discussion Paper, No. 381, Bonn.

Kündigungsschutzes negativ mit dem Niveau der Beschäftigung korreliert ist, wenngleich nicht in allen Fällen statistisch signifikant. Es lässt sich zudem belegen, dass der Kündigungsschutz zu einer Erhöhung der nicht-konjunkturbedingten Arbeitslosigkeit führt. Gesichert ist, dass diese Regulierung die Ausweitung sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse attraktiv macht, und als gesichert erscheint auch, dass sie das Ausweichen in selbständige Arbeit fördert. Schließlich sprechen mehrere Studien dafür, dass das Ausmaß der Langzeitarbeitslosigkeit positiv korreliert ist mit der Strenge des Kündigungsschutzes.

Die Mengeneffekte sind im Ganzen gesehen nicht sehr stark. Das kann zum Teil auch darin begründet sein, dass es in Ländern mit hohem Kündigungsschutz zu betrieblichen Ausweichreaktionen kommt. So reagieren deutsche Unternehmen bei notwendigen Veränderungen des Arbeitsvolumens wegen des Kündigungsschutzes zunächst einmal mit einer Anpassung der Wochenarbeitszeit, während amerikanische Unternehmen nicht lange mit einer Veränderung der Anzahl der Beschäftigten warten. Die deutsche Praxis, die Belegschaft weniger nachfrageabhängig zu gestalten, bewirkt brachliegende Kapazität im Konjunkturrückgang und Unterkapazität im folgenden Aufschwung. Beides ist arbeitskostentreibend.

17. Gegen den deutschen Kündigungsschutz wird immer wieder vorgebracht, dass er für eine Erstarrung des Arbeitsmarkts Sorge, also die Dynamik des Arbeitsplatzwechsels und letztlich des Strukturwandels bremse. Die erwähnte OECD-Studie liefert hierzu die Erkenntnis, dass ein strikter Kündigungsschutz das gesamtwirtschaftliche Ausmaß des laufenden Wechsels von Beschäftigung in Arbeitslosigkeit und zurück in Beschäftigung verringert. Dagegen spricht nicht der Befund, dass in Deutschland jährlich ca. 3,7 Millionen Personen aus der Erwerbstätigkeit in die Arbeitslosigkeit wechseln, und etwa 3,5 Millionen Menschen neu eingestellt werden. Ob das viel oder wenig ist, lässt sich ohne einen geeigneten Vergleichsmaßstab nicht beurteilen. Eine sicherere Einschätzung der Wirkungen

**Negative
Wirkungen
auch für
Deutschland zu
beobachten**

des deutschen Kündigungsschutzes auf die Dynamik am Arbeitsmarkt wäre allenfalls möglich, wenn es größer angelegte, sich über eine Reihe von Jahren erstreckende Experimente hinsichtlich der Strenge des Kündigungsschutzes gegeben hätte. Aber länger anhaltende Experimente fehlen. Die im Jahre 1996 beschlossene Verringerung des gesetzlichen Kündigungsschutzes durch Anheben des Schwellenwerts wurde schon zu Ende 1998 wieder aufgehoben. Der Zeitraum war zu kurz, um eine große Anzahl von Unternehmen zu verändertem Verhalten zu veranlassen, so dass der Einfluss auf das Einstellungsverhalten schon deshalb empirisch nicht festgestellt werden kann.

Von Belang in diesem Zusammenhang sind aber Auswertungen von systematischen Befragungen im Rahmen des „IAB-Betriebspanel“. Danach ergibt sich für das Jahr 2001 – wenn man den Personalabgang nach Abschluss der betrieblichen Ausbildung, aufgrund befristeter Arbeitsverträge oder Versetzung in einen anderen Betrieb des Unternehmens sowie aufgrund des Übergangs in den Ruhestand nicht berücksichtigt –, dass 55 vH der Personalabgänge auf Kündigungen durch die Arbeitnehmer zurückgingen. Der Anteil der Abgänge aufgrund von Kündigungen durch den Arbeitgeber lag deutlich niedriger, und zwar bei knapp 37 vH.⁵ Zu praktisch identischen Ergebnissen hat eine Befragung durch Infratest von rund 2.400 Arbeitnehmern geführt, die zwischen September 1999 und November 2000 aus einem Arbeitsverhältnis ausschieden.⁶ Diese Befragung erlaubte es, nach der Betriebsgröße, gemessen an der Anzahl der Beschäftigten, zu unterscheiden. Es ergab sich folgendes Bild, wenn wiederum die oben genannten speziellen Anlässe wie das Ablaufen befristeter Verträge oder der Übergang in Rente nicht berücksichtigt werden: In Betrieben mit bis zu 5 Arbeitnehmern wurden 48 vH der Abgänge vom Arbeitgeber veranlasst, während es im Durchschnitt über sämtliche Betriebsgrößen nur knapp 37 vH waren. Das dürfte

⁵ Vgl. Bielenski, H., J. Hartmann, H. Pfarr und H. Seifert (2003): „Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit“, Arbeit und Recht, Heft 3/2003, S. 81-91.

⁶ Vgl. Bielenski, H. et al. a.a.O

zum Teil darauf zurückzuführen sein, dass es in den kleinen Betrieben keinen gesetzlichen Kündigungsschutz gibt. Andererseits ist einzuräumen, dass unmittelbar oberhalb des bis vor kurzem geltenden gesetzlichen Schwellenwerts von 5 Arbeitnehmern, nämlich in Betrieben mit 6 bis 9 Arbeitnehmern, mit 46 vH ebenfalls überdurchschnittlich viele Arbeitsverhältnisse auf Veranlassung des Arbeitgebers aufgelöst wurden. Für Betriebe mit 10 bis 19 Arbeitnehmern dagegen war mit einem Wert von 40 vH kein sehr großer Unterschied mehr zum durchschnittlichen Verhalten aller Betriebe festzustellen.

Weil der Schwellenwert für den Kündigungsschutz mit 5 Beschäftigten bisher sehr niedrig angesetzt war, lassen sich für Deutschland die Wirkungen des Kündigungsschutzes auf das Entlassungsverhalten nicht verlässlich von der für kleinere Betriebe typischen höheren Volatilität der Beschäftigung trennen. Ein Land, in dem der Schwellenwert mit 15 Beschäftigten wesentlich höher liegt, ist Italien. Anhand von Unternehmensdaten der italienischen Sozialversicherung (30.000 über den Zeitraum 1987 bis 1996 beobachtete Unternehmen) stellen Garibaldi et al.⁷ fest, dass sich die Wahrscheinlichkeit einer Ausdehnung der Beschäftigung bei am Schwellenwert liegenden Betrieben drastisch verschlechtert, und dass die Unternehmen kurz vor Erreichen des Schwellenwerts personalpolitische Maßnahmen zur Ausweitung der Beschäftigung unterlassen. Zu der italienischen Beobachtung eines veränderten Verhaltens der Betriebe in der Nähe des Schwellenwerts passt das Ergebnis einer Studie des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung in Mannheim.⁸ Danach scheint der von 1996

7 Garibaldi P., L. Pacelli und A. Borgarello (2003): „Employment Protection Legislation and the Size of Firms“, IZA Discussion Paper, No. 787, Bonn.

8 Hagen, T. und B. Boockmann (2002): „Determinanten der Nachfrage nach befristeten Verträgen, Leiharbeit und freier Mitarbeit: Empirische Analysen auf Basis des IAB-Betriebspanels“, in: Bellmann L., A. Kölling: „Betrieblicher Wandel und Fachkräftebedarf“, Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (BeitrAB), Bd. 257, Nürnberg, 199-231.

**Tendenz zu
zementieren-
dem Bestands-
schutz für
Arbeitsverhält-
nisse**

bis 1998 geltende höhere deutsche Schwellenwert von 10 Arbeitnehmern die Betriebe mit 6 bis 9 Arbeitnehmern dazu veranlasst zu haben, den Anteil befristeter Arbeitsverträge zugunsten von unbefristeten Dauerarbeitsverhältnissen zu verringern.

18. Ein wesentlicher, aus der Wirtschaft zu hörender Kritikpunkt richtet sich vor allem gegen die Entwicklung einer Art zementierenden Bestandsschutzes für Arbeitsverhältnisse und gegen eine vorherrschende Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen damit rechnen kann, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers gerichtsfest ist. So wird beklagt, dass der Ausgang von Kündigungsschutzprozessen häufig kaum zu prognostizieren sei, weil den Arbeitgebern von den Arbeitsgerichten eine sehr weit gehende und daher oftmals kaum zu erbringende Beweislast aufgebürdet werde. Das gelte nicht allein für personenbedingte und verhaltensbedingte Kündigungen, sondern ebenso für betriebsbedingte Kündigungen.

Keine Gesetzgebung kommt ohne unbestimmte Rechtsbegriffe aus. Aber es spricht einiges dafür, dass der gesetzliche Kündigungsschutz im Übermaß durch Generalklauseln geprägt ist, die der richterlichen Interpretation Tür und Tor öffnen. Auf diese Weise ist die rechtliche Konkretisierung des Kündigungsschutzes sehr weit gehend den Arbeitsgerichten überlassen worden mit der Folge, dass die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes sich in den vergangenen Jahrzehnten allmählich von der ursprünglichen Intention der Gesetzgebung – das ist der Schutz des Arbeitnehmers gegen Willkür – entfernt hat, indem zunehmend der Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis als richterlicher Normzweck gesetzt wird. Der rechtlich praktizierte Bestandsschutz läuft praktisch darauf hinaus, eine sehr weit gehende einseitige Unauflöslichkeit des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber zu propagieren. Eine Kündigung kommt dann nur als letztes Mittel in Frage.

Der Gesetzgeber hätte dieser Entwicklung der Rechtsauslegung durch legislative Korrektur entgegensteuern können, er hat aber – wie man annehmen muss: bewusst – darauf verzichtet. Dazu passt, dass das Bundesverfassungsgericht mittlerweile den Arbeitsgerichten sekundiert, indem es in seiner eigenen Rechtsprechung zunehmend eine Aufgabe des Staates darin sieht, bestehende Arbeitsverhältnisse zu schützen, und dieser Aufgabe Vorrang vor der Verpflichtung zuerkennt, die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes zu sichern. Damit wird faktisch die negative Wirkung des weit gehenden Kündigungsschutzes auf die Arbeitslosen ausgeblendet. Je stärker die bereits beruflich Tätigen jenseits von Willkür gegen Entlassung geschützt werden, um so mehr werden die Chancen der Arbeitslosen verringert, einen Arbeitsplatz zu erhalten. Es versteht sich, dass diese negative Rückwirkung nicht im Rahmen konkreter Kündigungsschutzprozesse berücksichtigt werden kann. Aber es wäre Sache des Bundesverfassungsgerichts und letztlich des Gesetzgebers, das aus dem Sozialstaatsprinzip ableitbare Ziel, willkürliche Kündigungen möglichst zu verhindern, gegen das Freiheitsprinzip und die Beschäftigungschancen der Arbeitslosen abzuwägen.

19. Die Prägung des deutschen Kündigungsschutzes durch Richterrecht hat auch ein höheres Ausmaß an Rechtsunsicherheit bewirkt. Dazu tragen zahlreiche Generalklauseln bei, die die Rechtsprechung extensiv ausgefüllt hat. Zu nennen sind insbesondere das „Prognoseprinzip“ und das „Ultima-Ratio-Prinzip“, daneben der ergänzende Grundsatz einer „umfassenden Interessenabwägung“, die sich zwar umfassend nennt, aber die Interessen der Arbeitslosen außen vor lässt. Nach dem „Prognoseprinzip“ ist eine Kündigung nur dann rechtswirksam, wenn die Wiederherstellung und Fortführung eines ungestörten Arbeitsverhältnisses nicht erwartet werden kann. Nach dem „Ultima-Ratio-Prinzip“ ist eine Kündigung nur wirksam, wenn es in dem Unternehmen keine anderweitige Möglichkeit gibt, den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Die inhaltliche Unbestimmtheit dieser Prinzipien der Kündigungsrechtsprechung bewirkt, dass selbst Fachleute in hohem Maße unsicher

Rechtsunsicherheit durch Richterrecht begünstigt den Zwang zur Abfindungszahlung

sind, wie ein konkreter Kündigungsfall von den Arbeitsgerichten interpretiert und entschieden wird.

Diese Entwicklung der Rechtsprechung zum Kündigungsschutz hat unmittelbare negative Folgen für die Unternehmen. Beispielsweise muss der Arbeitgeber im Falle einer strittigen betriebsbedingten Kündigung gerichtsverwertbar nachweisen, dass die Arbeitskraft an dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr benötigt wird und dass es im Unternehmen keinen anderen freien Arbeitsplatz gibt, den der Arbeitnehmer – falls sachlich erforderlich nach einer anzubietenden Fortbildungsmaßnahme auf Kosten des Unternehmens – ausfüllen könnte. Des Weiteren muss nachgewiesen werden, dass es auch nicht möglich ist, einen Ersatzarbeitsplatz zu schaffen, etwa durch einen Abbau von Leiharbeit oder der Anzahl geleisteter Überstunden. Bei personenbedingten und verhaltensbedingten Kündigungen ist die mit dem „Ultima-Ratio-Prinzip“ konstruierte Beweispflicht des Arbeitgebers noch schwieriger zu erfüllen. So muss im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung der Arbeitgeber gerichtsverwertbar nachweisen, dass ihm durch das Verhalten des Arbeitnehmers tatsächlich ein wesentlicher Schaden entstanden ist. Zudem muss eine dauerhafte Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses glaubhaft gemacht werden. Es muss also zweifelsfrei sein, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist. Insbesondere von kleinen Unternehmen mit wenigen Beschäftigten, wie Einzelhandelsgeschäfte und Handwerker, sind diese umfassenden und schwierig zu erfüllenden Beweispflichten kaum zu leisten. Das kann zur Folge haben, dass vor allem kleine Unternehmen möglichst wenig Personal beschäftigen, um den für kostenträchtig angesehenen Konfliktfall nach Möglichkeit zu vermeiden.

Weil es große Rechtsunsicherheit darüber gibt, wie Kündigungsschutzprozesse ausgehen, und es den Arbeitnehmer praktisch nichts kostet, Klage zu erheben, haben gekündigte Arbeitnehmer einen erheblichen Anreiz, gegen ihre Kündigung Klage auf Weiterbeschäftigung zu erheben. Dem Arbeit-

geber entstehen dagegen erhebliche Kosten, wenn er sich auf eine gerichtliche Klärung des Kündigungsfalls einlässt. Er kann weder absehen, wie lange der Prozess dauern wird noch wie groß die Chance ist, den Prozess zu gewinnen; im Unterlegensfall muss er auf jeden Fall den Lohn nachzahlen. Das macht Arbeitgeber grundsätzlich geneigt, Kündigungsfälle kurzfristig im Vergleichsweg durch Vereinbarung von Abfindungen zu erledigen. Und eben diese Erwartung veranlasst gekündigte Arbeitnehmer, Klage zu erheben. Die Praxis, Klage mit dem zwar unausgesprochenen, aber durchsichtigen Ziel zu erheben, eine Abfindung herauszuhandeln, bewegt sich zwar in der Nachbarschaft einer Nötigung, dürfte aber weit verbreitet sein, zumal es eine beachtliche „Kündigungsdienstleistungsbranche“ von Anwälten des Arbeitsrechts gibt, die zur Klageerhebung ermuntert, so der Sachverständigenrat in seinem Jahresgutachten 2003/2004⁹. Dies erklärt den oben erwähnten sehr hohen Anteil der durch Vergleich erledigten Arbeitsgerichtsverfahren. Das passt zu der Beobachtung, dass 24 vH der Kündigungsschutzklagen bereits nach einem Monat und weitere 44 vH nach nicht mehr als drei Monaten erledigt waren. Bei der Würdigung dieser Zahlen ist zu berücksichtigen, dass, wie erwähnt (siehe Ziffer 13), viele Streitigkeiten gar nicht erst zum Arbeitsgericht gelangen, sondern schon im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit Hilfe „freiwilliger“ Abfindungszahlungen beigelegt werden.

⁹ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2003): Jahresgutachten 2003/04 „Staatsfinanzen konsolidieren – Steuersystem reformieren“, Ziffer 682.

III. Gesetzlicher versus privat vereinbarter Kündigungsschutz

Sicherheit des Arbeitsplatzes

20. Die Sicherheit des Arbeitsplatzes, also der Schutz vor einer Kündigung, hat für die meisten Arbeitnehmer einen hohen Stellenwert. Die Attraktivität von Beamtenstellen besteht nicht zuletzt in der Sicherheit des Arbeitsplatzes. Diese Wertschätzung der Arbeitsplatzsicherheit wird in Anspruch genommen, wenn – nicht nur aus edlen Motiven – etwa gefordert wird, die Beamtgehälter sollten wegen der hohen Sicherheit des Arbeitsplatzes niedriger sein beziehungsweise langsamer steigen als die übrigen Löhne und Gehälter. Das ist bemerkenswert, weil ein Zusammenhang zwischen der Sicherheit des Arbeitsplatzes – man könnte auch sagen zwischen dem Umfang des Kündigungsschutzes – und der Entlohnung hergestellt wird. Es wird also davon ausgegangen, dass der Kündigungsschutz für die Arbeitnehmer einen Wert hat und dafür eine verringerte Entlohnung akzeptiert wird. Die Frage nach den Kosten der Gewährung eines Kündigungsschutzes für den Arbeitgeber wird im öffentlichen Dienst in der Regel ausgeblendet.

21. In der Privatwirtschaft spielt die Arbeitsplatzsicherheit ebenfalls eine wichtige Rolle. Arbeitsplätze werden auch danach ausgewählt, ob der Arbeitgeber als ein vergleichsweise sicheres Unternehmen gilt, ob also unabhängig von der jeweiligen gesetzlichen Kündigungsschutzregelung zu erwarten ist, dass eine dauerhafte Beschäftigung geboten werden kann. Für Unternehmen, die einen entsprechenden Ruf aufgebaut haben, ist dies ein Vorteil im Wettbewerb um Arbeitnehmer, auch wenn keine formalen Kündigungsschutzvereinbarungen getroffen werden. Die Sicherung für den Arbeitnehmer ergibt sich aus dem Eigeninteresse des Unternehmens, den aufgebauten Ruf und den Wettbewerbsvorteil zu erhalten. Unternehmen, die weniger bekannt sind oder auf volatilen Märkten agieren, mögen einen Kündigungsschutz über die gesetzlichen Regelungen hinaus zusagen, um im Wettbewerb um Arbeitnehmer mithalten zu können. Das Angebot eines Kündigungsschutzes

ist also ein Wettbewerbsinstrument wie die Höhe des Lohnes und der sonstigen Leistungen zugunsten des Arbeitnehmers.

22. Der Wert des Kündigungsschutzes ist für die einzelnen Arbeitnehmer unterschiedlich hoch. Wer durch die Familie, den Bau eines Eigenheimes und andere soziale und wirtschaftliche Beziehungen eine starke lokale Bindung hat, wird mehr Wert auf ein sicheres Beschäftigungsverhältnis legen als ein Arbeitnehmer, der räumlich ungebunden ist und ohnehin gerne andere Orte und Länder kennenlernen möchte. Eine besonders wichtige Rolle für die Einschätzung des Kündigungsschutzes spielen die Arbeitsmarktlage und die Funktionsfähigkeit des Arbeitsmarktes. Je leichter es ist, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, um so weniger wichtig ist es, sich gegen eine Kündigung abzusichern. In einem dynamischen marktwirtschaftlichen System wird es ständig Betriebe geben, die Arbeitskräfte abgeben, weil sie die Produktion einschränken oder aus dem Markt ausscheiden; aber im Wettbewerb werden die Arbeitskräfte von expandierenden und neuen Betrieben angezogen. Die Anpassungs- und Erneuerungsprozesse laufen nicht völlig friktionsfrei, aber sie werden vor allem von einem freiwilligen Wechsel des Arbeitsplatzes getrieben. Die Kosten, Kündigungsschutz zu gewähren, hängen für das einzelne Unternehmen stark davon ab, ob es negativ oder positiv vom Strukturwandel betroffen ist, ob es stark spezialisiert ist oder eine breite Produktpalette anbietet, ob es eine oder mehrere Betriebsstätten unterhält usw.

Die unterschiedlichen Präferenzen und Bedingungen der einzelnen Arbeitnehmer, die unterschiedlichen Kosten und Möglichkeiten der Unternehmen sowie die verschiedenen Konstellationen auf dem Arbeitsmarkt lassen sehr differenzierte Kündigungsschutzvereinbarungen erwarten, wenn diese individuell festgelegt werden können. Die Frage ist, ob es einer gesetzlichen Regelung bedarf, mit der ein verbindlicher Kündigungsschutz für alle Arbeitnehmer und Unternehmen vorgegeben wird.

**Wirkungen
eines gesetzli-
chen Kündi-
gungsschutzes
auf einem freien
Markt**

Um sich hierüber Klarheit zu verschaffen, ist es zweckmäßig, eine theoretische Analyse durchzuführen. Dabei wird in drei Schritten vorgegangen: Zunächst wird unterstellt, es gäbe keinen Kündigungsschutz. Sodann werden die Auswirkungen eines gesetzlichen Kündigungsschutzes untersucht. Zum Schluss wird geprüft, was sich an den Wirkungen ändert, wenn es Tariflöhne gibt.

23. Die Wirkungen eines gesetzlichen Kündigungsschutzes zu betrachten heißt, sie mit der erwarteten Situation zu vergleichen, die sich ergäbe, wenn es den Vertragspartnern überlassen bliebe, ob sie einen Kündigungsschutz vereinbaren. Ein gesetzlicher Kündigungsschutz für Arbeitnehmer erhöht die Risiken der Arbeitgeber. Als erstes geht ein Teil des Beschäftigungsrisikos auf die Arbeitgeber über. Die Arbeitgeber müssen damit rechnen, dass sie einen Arbeitnehmer trotz fehlender Aufträge zunächst nicht entlassen können, d. h. sie müssen weiterhin den Arbeitslohn zahlen, auch wenn sie den Arbeitnehmer nur noch zeitweise oder gar nicht beschäftigen können.

Gleichzeitig mit dem Beschäftigungsrisiko geht auch ein Teil des Produktivitätsrisikos auf die Arbeitgeber über. Erweist sich ein Arbeitnehmer als weniger produktiv als bei der Einstellung zu einem vereinbarten Lohn erwartet, trägt der Arbeitgeber die damit verbundenen Kosten. Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer unzuverlässig, häufig krank oder nicht teamfähig ist.

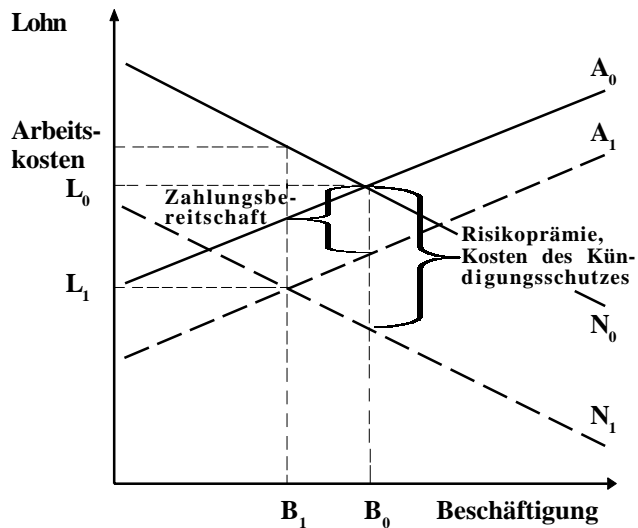
Die Arbeitgeber werden daher versuchen, die Kosten eines erhöhten Risikos aufgrund eines gesetzlichen Kündigungsschutzes auf die begünstigten Arbeitnehmer abzuwälzen, indem sie einen Risikoabschlag vom Lohn vorsehen, also einen geringeren Lohn zahlen als im Fall ohne gesetzlichen Kündigungsschutz oder eines geringeren freiwilligen Kündigungsschutzes. Je nach Vereinbarung mit den Arbeitnehmern, die besteht, wenn ein gesetzlicher Kündigungsschutz eingeführt oder verschärft wird, werden die Arbeitgeber den Lohn in laufenden Beschäftigungsverhältnissen nach unten anpassen, soweit dies zulässig ist. Der Lohnabschlag richtet sich

nach den erwarteten Kosten, die sich für den jeweiligen Arbeitgeber aus dem Kündigungsschutz ergeben können. Die Nachfrage der Unternehmer nach Arbeitskräften verringert sich. Die Leidtragenden sind nicht nur die entlassenen Arbeitskräfte, sondern auch die bereits vorhandenen Arbeitslosen, deren Wiedereinstellungschancen sich verringern.

Nur in einem Grenzfall bliebe die Beschäftigung unverändert, und zwar wenn alle Beschäftigten und Arbeitslosen den gesetzlichen Kündigungsschutz für so wertvoll hielten, dass sie bereit wären, die Risikoprämie in Form eines Lohnabschlags vollständig zu tragen. Damit ist aber nicht zu rechnen, weil es ohne gesetzliche Regelung schon möglich war, sich auf einen Kündigungsschutz zu verständigen, bei dem die Präferenzen der Arbeitnehmer und die Kosten der Arbeitgeber berücksichtigt wurden. Wegen der unterschiedlichen Präferenzen wird es sehr differenzierte Vereinbarungen geben bis hin zu einem Verzicht auf Kündigungsschutz. Immer wenn der gesetzliche Kündigungsschutz über den Umfang hinausgeht, der freiwillig vereinbart würde, wird der Nutzen des Kündigungsschutzes geringer bewertet als der hinzunehmende Lohnabschlag, der den Kosten entspricht, wie sie vom Arbeitgeber eingeschätzt werden. Die Arbeitnehmer werden die Einführung des zusätzlichen gesetzlichen Kündigungsschutzes verbunden mit dem von den Arbeitgebern verlangten Lohnabschlag als Senkung des Reallohns empfinden (vgl. Abb. 1, S. 28).

24. Zu dem Zeitpunkt, zu dem ein gesetzlicher Kündigungsschutz eingeführt oder ausgeweitet wird, entsteht zunächst ein Vorteil für Arbeitnehmer, die einen Arbeitsplatz mit einem geringeren Kündigungsschutz haben, nicht an einen Arbeitsplatzwechsel denken und vertraglich gegen eine unmittelbare Lohnkürzung geschützt sind. Sie werden besser gegen Beschäftigungsrisiken abgesichert als zuvor. Der Vorteil wird aber schnell aufgezehrt oder in einen Nachteil umgekehrt, wenn neue Lohnverhandlungen anstehen. Der Arbeitgeber wird versuchen, so bald wie möglich dem Arbeitnehmer die Kosten, die sich aus dem verstärkten Kündigungsschutz ergeben, über

Abb. 1: Wirkungen eines gesetzlichen Kündigungsschutzes



Solange es keinen gesetzlichen Kündigungsschutz gibt, liegen die Beschäftigung bei B_0 und der Lohn bei L_0 . Mit der Einführung eines gesetzlichen Kündigungsschutzes verlagert sich die Nachfragekurve um die Höhe der Risikoprämie für die Unternehmen nach unten. Die Arbeitsangebotskurve der Arbeitnehmer verschiebt sich ebenfalls nach unten, jedoch um weniger. Dabei ist für die Arbeitnehmer unterstellt worden, dass sie zwar bereit sind, für die zusätzliche Arbeitsplatzsicherheit eine Lohneinbuße hinzunehmen, dass aber die Kosten eines gesetzlichen Kündigungsschutzes höher sind als ihre Zahlungsbereitschaft, sprich der freiwillige Lohnverzicht. Das Beschäftigungsvolumen verringert sich von B_0 auf B_1 . Die Arbeitskosten als Summe aus dem gezahlten Lohn L_1 und der von den Unternehmen zu tragenden Risikoprämie sind höher als im Ausgangszustand, obwohl der Lohn L_1 niedriger ist als der vorherige Lohn L_0 .

Lohnabschläge anzulasten oder sich von dem Arbeitnehmer zu trennen. Der Einführungsvorteil für die Arbeitsplatzbesitzer ist vergleichsweise gering, weil die Löhne in den meisten Arbeitsverträgen schon nach kurzer Zeit neu verhandelt werden. Von der Möglichkeit, einen entsprechenden Lohnabschlag in kollektiven Lohnverhandlungen zu verhindern, wird hier zunächst abgesehen.

Wer arbeitslos ist und einen Arbeitsplatz sucht, wird in seinen Handlungsmöglichkeiten weiter eingeschränkt. Er muss einen Arbeitgeber finden, der ihm nicht nur einen Arbeitsplatz, sondern auch den (erweiterten) gesetzlichen Kündigungsschutz bietet. Er hat weder die Möglichkeit, statt des Kündigungsschutzes einen etwas höheren Lohn zu vereinbaren, noch kann er auf den Kündigungsschutz verzichten, um überhaupt einen Arbeitsplatz zu bekommen. Das gilt selbst dann, wenn er keinen großen Wert auf einen Kündigungsschutz legt. Dem potentiellen Arbeitgeber entstehen aber Kosten durch den gesetzlichen Kündigungsschutz. Er wird sein Lohnangebot um die vollen Kosten des Risikos einer Weiterbeschäftigung in Zeiten verringerter oder fehlender Aufträge absenken, unabhängig davon, wie hoch der Arbeitsplatzbewerber den Kündigungsschutz einschätzt. Es werden weniger Arbeitsverträge abgeschlossen.

Mittelfristig fallen alle Arbeitnehmer, die den Wert des Kündigungsschutzes geringer einschätzen als den Lohnabschlag, in die Kategorie der Verlierer. Jeder, der neu ins Erwerbsleben eintritt oder im Laufe der Zeit seinen Arbeitsplatz wechselt, steht vor dem Problem, einen gesetzlichen Kündigungsschutz zu akzeptieren, dessen Kosten in der Form von Lohneinbußen schwerer wiegen als die Vorteile der stärkeren Sicherung. Die Arbeitskosten für die Unternehmen sind höher als im Fall ohne gesetzlichen Kündigungsschutz. Sie setzen sich jetzt aus dem geringeren Lohn und den erwarteten zusätzlichen Kosten für die Übernahme von Risiken des obligatorischen Kündigungsschutzes zusammen. Der Lohnabschlag für die Arbeitnehmer fällt um so höher aus, je leichter die Arbeitgeber auf andere

**Wirkungen
eines gesetzli-
chen Kündi-
gungsschutzes
bei Tariflöhnen**

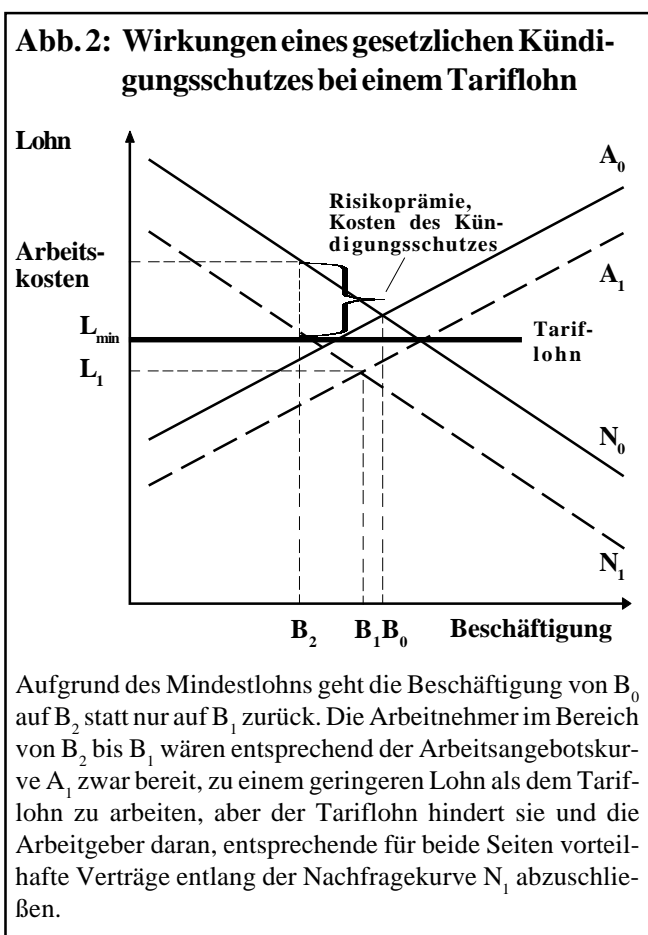
Standorte oder auf kapitalintensive Produktionsverfahren ausweichen können und je schwerer es den Arbeitnehmern fällt, das Arbeitsangebot zu verringern, beispielsweise indem sie eine selbständige Tätigkeit aufnehmen. Letztlich wird eine große Anzahl von Arbeitnehmern durch einen staatlich vorgegebenen Kündigungsschutz schlechter gestellt, ohne die übrigen besser zu stellen; denn letztere würden den vorgegebenen Kündigungsschutz freiwillig vereinbaren.

Ein zusätzlicher negativer Effekt auf die Beschäftigungschancen kann sich ergeben, wenn der Kündigungsschutz unmittelbar nach der Probezeit greift und wenn trotz der Probezeit Unsicherheiten bestehen bleiben, ob ein Arbeitnehmer in den Betrieb passt. Diese Unsicherheit verschlechtert die Chancen der Arbeitslosen im Wettbewerb mit den Arbeitsplatzbesitzern. Generell erschwert ein gesetzlicher Kündigungsschutz auf diese Weise den Strukturwandel, der voraussetzt, dass Arbeitnehmer das Unternehmen wechseln.

25. Aus der Erkenntnis, dass der gesetzliche Kündigungsschutz letztlich entwertet wird, wenn es den Arbeitgebern möglich ist, den Lohn neu auszuhandeln und entsprechend der erwarteten Kosten des Weiterbeschäftigungsrisikos abzusenken, könnte die Folgerung gezogen werden, mit der Einführung eines gesetzlichen Kündigungsschutzes müsse gleichzeitig ein Mindestlohn vorgegeben oder von den Tarifparteien vereinbart werden. Man könnte also versuchen, den Kündigungsschutz durch Tariflöhne abzusichern.

26. Werden Mindestlöhne zum Beispiel in der Form von Tariflöhnen festgelegt, so wird der Ausweg über Lohnabschläge als Ausgleich für höhere Kosten der Beschäftigung versperrt. Dann schlägt sich die Risikoprämie für einen gesetzlichen Kündigungsschutz mittelfristig besonders stark in einem Rückgang der Einstellungen und der Beschäftigung nieder. Da die Löhne nicht gesenkt werden dürfen, müssen zunächst einmal die Arbeitgeber die unveränderten Löhne und die zusätzlichen Kosten aufgrund des Kündigungsschutzes tragen. Die Ar-

beitskosten steigen um die volle Risikoprämie. Die Arbeitgeber werden deshalb ihre Nachfrage nach Arbeit stärker einschränken als in dem Fall, in dem die Arbeitnehmer einen geringeren Lohn vereinbaren dürfen. Nach einer Anpassungsphase werden nur noch Arbeitnehmer beschäftigt, deren Produktivität so hoch ist, dass sowohl der Tariflohn als auch die Risikoprämie für den Kündigungsschutz erwirtschaftet werden kann.



Die auf einem nicht regulierten Arbeitsmarkt eintretenden Nachteile durch einen gesetzlichen Kündigungsschutz werden durch den Tariflohn verschärft. Der Tariflohn mag zwar den Anpassungsprozess verlängern, weil die gestiegenen Kosten in den nächsten Lohnrunden gar nicht oder nur zum Teil weitergegeben werden können. Letztlich kann aber der Kündigungsschutz auf diese Weise nicht abgesichert werden, weil die Beschäftigung aufgrund der Fluktuation auf dem Arbeitsmarkt und möglicherweise auch aufgrund zusätzlicher Unternehmensschließungen allmählich abgebaut wird, indem ausscheidende Arbeitnehmer nicht ersetzt werden.

27. Der Staat kann den Arbeitsplatzbesitzern für kurze Zeit einen Vorteil verschaffen, indem er einen gesetzlichen Kündigungsschutz einführt. Er greift damit zu Lasten der Arbeitgeber in bestehende Verträge ein. Das geht auch zu Lasten der Arbeitslosen, die den Kündigungsschutz akzeptieren müssten, aber erst gar keinen Vertrag bekommen, weil der Lohn nicht entsprechend abgesenkt werden darf. Je länger aber der gesetzliche Kündigungsschutz und der Tariflohn bestehen, um so mehr Verträge werden neu geschlossen oder angepasst. In den neuen und veränderten Verträgen berücksichtigen die Arbeitgeber die veränderten staatlichen Regelungen. Sie werden ihr Arbeitsnachfrage so lange verringern, bis der Marktwert der Arbeitsleistung der noch verbleibenden Arbeitnehmer wieder den gestiegenen Arbeitskosten entspricht. Dann werden aber die gesetzlichen Regelungen nicht nur für die Arbeitssuchenden zum Zeitpunkt der Einführung, sondern nach und nach für alle Arbeitnehmer zu einem Danaergeschenk. Im Fall von Tariflöhnen bleiben noch weniger Arbeitnehmer übrig, die durch einen gesetzlichen Kündigungsschutz keinen Nachteil erleiden, als auf einem Markt, auf dem die Löhne frei vereinbart werden können.

28. Manchmal wird behauptet, ein gesetzlich vorgeschriebener Kündigungsschutz habe einen Versicherungseffekt, weil er in allen Verträgen berücksichtigt werden müsse und zumindest die Personen mit einem hohen Kündigungsschutzbedarf be-

günstige. Da aber individuelle Arbeitsverträge abgeschlossen werden, lässt sich kein Vorteil für bestimmte Gruppen erreichen. Im Gegenteil: Höhere Risiken aufgrund eines gesetzlichen Kündigungsschutzes verstärken die Risikoselektion durch die Arbeitgeber. Arbeitnehmer mit besonderen Risikomerkmale werden von vorneherein größere Schwierigkeiten haben, einen Arbeitsplatz zu erhalten, selbst wenn sie individuell kein besonderes Risiko darstellen.

29. Wenn es keinen gesetzlichen Kündigungsschutz gibt, dann stellt sich für einen Arbeitnehmer, der einen Kündigungsschutz wünscht und individuell vereinbaren möchte, die Frage, ob er den Kündigungsschutz in der Form einer verlängerten Kündigungsfrist bis hin zu einem Dauerarbeitsverhältnis oder eine Abfindung im Falle der Entlassung anstreben soll. Dabei ist ihm bewusst, dass die Vereinbarung einer Abfindung nur so lange gegen eine Kündigung schützt, wie die erwarteten Verluste des Arbeitgebers aus der Weiterbeschäftigung geringer sind als die Abfindung. In beiden Fällen, also sowohl bei einer verlängerten Kündigungsfrist als auch bei einer Abfindung, wird der Arbeitgeber die Risiken aus der Beschäftigungszusage und die erwarteten Kosten aus einer Weiterbeschäftigung schätzen und diese Kosten beziehungsweise die Abfindung zum Anlass nehmen, einen entsprechend geringeren Lohn zu zahlen als in dem Fall, in dem weder ein Kündigungsschutz noch eine Abfindung vereinbart wird. In beiden Fällen ist es erforderlich, den Lohnabschlag klar zu regeln, damit der Kündigungsschutz beziehungsweise die zugesagte Abfindung nicht entwertet werden kann, indem der Arbeitgeber die Löhne im Falle einer Beschäftigungskrise stark absenkt.

30. Sind die Lohnabschläge für beide Regelungen gleich, muss der Arbeitnehmer zwischen der Kündigungsschutzzusage und der Abfindungszusage abwägen. Er kann davon ausgehen, dass beide Regelungen ihn vor einer Kündigung bei vorübergehenden Absatzproblemen des Unternehmens schützen. Gibt es dagegen gravierende strukturelle Änderungen, die es für den Arbeitgeber vorteilhaft erscheinen lassen, die Produktion

Kündigungsschutz oder Abfindung?

erheblich einzuschränken, zu verlagern oder an einem Standort vollständig einzustellen, muss der Arbeitnehmer damit rechnen, dass ihm mit der verlängerten Frist gekündigt wird, er also nicht unmittelbar, sondern erst mit der vereinbarten Kündigungsfrist entlassen wird, oder im zweiten Fall unmittelbar mit der vereinbarten Abfindung den Arbeitsplatz aufgeben muss. Abzuwägen ist also der Wert einer längeren Beschäftigung in dem Betrieb gegen eine mögliche kurzfristige Entlassung mit einer Abfindung. Die Entscheidung mag u. a. davon abhängen, wie der Arbeitnehmer die Möglichkeiten einschätzt, innerhalb kurzer Frist wieder einen Arbeitsplatz zu finden, welche Vorstellungen bezüglich eines vorzeitigen Ruhestands oder eines Übergangs in eine Teilzeitbeschäftigung usw. bestehen.

31. Der Arbeitgeber wird die Kosten gegeneinander abwägen, die sich aus einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers einerseits und der Abfindungszahlung andererseits ergeben. Das hängt ganz wesentlich davon ab, wie er die möglichen betrieblichen Veränderungen einschätzt. Entsprechend wird er tendenziell eine höhere Abfindung oder eine längere Kündigungsfrist anbieten.

32. Gesamtwirtschaftlich ist es effizient, freiwillig eine Abfindungsvereinbarung zu treffen, bei der die Höhe der Abfindung den Mobilitätskosten des Arbeitnehmers entspricht. Eine Abfindung in dieser Höhe würde den Arbeitgeber davon abhalten, den Arbeitnehmer zu entlassen, so lange der Gegenwartswert der aus der Weiterbeschäftigung zu erwartenden Verluste für geringer gehalten wird als der Aufwand des Arbeitnehmers für einen Arbeitsplatzwechsel. Umgekehrt würde der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kündigen und die Abfindung zahlen, wenn dies für ihn mit geringeren Kosten verbunden wäre als der Arbeitsplatzwechsel. Werden die Mobilitätskosten mit der Abfindung gedeckt, so ist es auch gesamtwirtschaftlich sinnvoll, den Arbeitsplatz zu wechseln, gegebenenfalls auch sich selbstständig zu machen oder in den Ruhestand zu treten.

Die angesprochene Verlustminimierung aufgrund der Abwägung zwischen den Verlusten wegen einer unwirtschaftlichen Weiterbeschäftigung im Betrieb und den privaten Kosten aufgrund der Aufgabe des Arbeitsplatzes kommt bei einer Kündigungsschutzregelung nicht zustande. Hier wird der Arbeitnehmer darauf bestehen, weiter beschäftigt zu bleiben, auch wenn die daraus entstehenden Verluste größer sind als die vielfältigen Kosten eines Arbeitsplatzwechsels. Eine Verhandlungslösung, in der dem Arbeitnehmer eine Entschädigung oder Abfindung gezahlt wird, wenn er sein Kündigungsschutzrecht nicht wahrnimmt, wäre allerdings möglich.

33. Die freiwillige Vereinbarung eines Kündigungsschutzes oder einer Abfindung setzt voraus, dass die Löhne oder zumindest die Abschläge von bestehenden Tariflöhnen individuell festgelegt werden können. Das ist nicht der übliche Fall. In aller Regel gibt es tarifliche Mindestlöhne und einen weit reichenden gesetzlichen Kündigungsschutz. Den Unternehmen entstehen unter diesen Bedingungen hohe Kosten durch einen Produktionsrückgang, weil sie weder Mitarbeiter kurzfristig entlassen noch die Löhne reduzieren können. Erst mittelfristig können sie die Anzahl der Mitarbeiter durch natürliche Fluktuation verringern und möglicherweise niedrigere Löhne vereinbaren. Die gesellschaftlichen Kosten bestehen darin, dass Arbeitnehmer auch dann noch in einem Betrieb bleiben, wenn sie in einem anderen Betrieb einen Lohn erwirtschaften könnten, der um die Mobilitätskosten über dem Lohn liegt, der im bisherigen Betrieb der dortigen Produktivität entspricht. Da aber der bisherige Arbeitgeber einen Tariflohn auch dann weiter zahlen muss, wenn er diesen nicht mehr erwirtschaften kann, was indes auf Dauer nicht möglich ist, vergleichen die Arbeitnehmer die alternativ erzielbaren Löhne mit einem zu hohen, wirtschaftlich nicht tragfähigen Lohn in ihrem bisherigen Betrieb. Der Tariflohn hindert somit auch solche Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatzwechsel, die in einem anderen Betrieb einen größeren Beitrag zum Bruttoinlandsprodukt leisten würden. Den Verlust trägt der bisherige Arbeitgeber mit der Folge, dass alle Arbeitgeber, die dem gesetzlichen Kündi-

**Auf freiwillige
Lösungen
setzen**

gungsschutz und einem Tariflohn unterliegen, diese Risiken bereits zum Zeitpunkt einer möglichen Einstellung von Arbeitskräften berücksichtigen. Sie werden besonders vorsichtig sein, Arbeitskräfte einzustellen, wenn sie damit rechnen, dass die bestehenden Regelungen noch verschärft werden, beispielsweise durch weitere Tariflohnsteigerungen, die über den Produktivitätszuwachs hinausgehen. Ein weit reichender gesetzlicher Kündigungsschutz lädt die Gewerkschaften dazu ein, die Löhne stärker zu steigern als von der Entwicklung der Produktivität gerechtfertigt, weil die Arbeitnehmer zumindest vorübergehend in den Genuss der höheren Löhne kommen, also ihren Arbeitsplatz trotz überzogener Lohnerhöhungen nicht gleich verlieren.

34. Für die Arbeitnehmer gibt es auf Dauer keine Möglichkeit, Vorteile durch einen gesetzlichen Kündigungsschutz zu erlangen, wenn man von der vorübergehenden Begünstigung von Personen mit laufenden Verträgen unmittelbar nach der Einführung eines verstärkten Kündigungsschutzes absieht. Für die meisten Arbeitnehmer schränkt der gesetzliche Kündigungsschutz die Möglichkeiten ein, die individuell gewünschte Kündigungsschutzregelung zu vereinbaren oder auf einen Kündigungsschutz zu verzichten, um überhaupt einen Arbeitsvertrag zu erhalten. Der Staat und die Tarifparteien sollten es deshalb den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern überlassen, ob und in welchem Umfang sie einen Kündigungsschutz vereinbaren wollen. Das schließt nicht aus, eine Mindestkündigungsfrist von beispielsweise drei Monaten oder von sechs Wochen zum Quartalsende vorzuschreiben; Schutz vor offensichtlicher Willkür wird allemal gewährleistet. Die Vertragsparteien können aber jeweils im eigenen Interesse deutlich darüber hinausgehen, unter anderem um Investitionen des Arbeitnehmers in betriebsspezifisches Wissen lohnend zu machen oder um eine bestehende Vertrauensbasis bei erwarteten Änderungen der Unternehmensleitung vertraglich abzusichern. Der frei vereinbarte Kündigungsschutz ist ein wirksames Instrument, Vorleistungen und ein besonderes Engagement des Arbeitnehmers zu honorieren.

IV. Reform des Kündigungsschutzes

35. Es sei wiederholt: Das Problem ist nicht, dass das deutsche Kündigungsschutzgesetz ein Unternehmen dauerhaft daran hindert, Beschäftigungsverhältnisse zu beenden oder zu ändern, wenn dringende betriebliche Erfordernisse dies nahe legen oder wenn sachliche Gründe, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, dies unvermeidbar machen. Das Problem ist vielmehr, dass selbst bei Vorliegen der im Gesetz genannten rechtfertigenden Gründe eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung vor Gericht erst einmal angefochten werden kann oder nur bei Zahlung einer Abfindung rechtsbeständig wird. Der Gesetzgeber und die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung haben den Kündigungsschutz in einer Weise fortentwickelt, bei der die Vorstellung vom individuellen Arbeitsverhältnis als einem Lebensarbeitsverhältnis zugrunde liegt, die Kosten in der Form von Lohneinbußen, Zugangsbeschränkungen zum Arbeitsmarkt und individuell unbefriedigender Inflexibilität der Arbeitsverträge aber unberücksichtigt bleiben. Viele Unternehmen nehmen den allgemeinen Kündigungsschutz, wie er heute praktiziert wird, als eine Arbeitsmarktregelung wahr, die die betrieblichen Abläufe erschwert, die gebotenen Anpassungen und Umstrukturierungen verzögert, erhebliche personalwirtschaftliche Unsicherheit schafft und viel Zeit und Geld kostet.

Eine Marktzutrittsschranke ist abzubauen

36. Hier wird vor allem auf drei Umstände hingewiesen, die Anlass zur Besorgnis geben:

- Zunächst: Es werden weniger Arbeitskräfte eingestellt, es werden mehr Überstunden gefahren, mehr Arbeitsplätze fallen der Rationalisierung anheim, arbeitsplatzschaffende Investitionen finden verstärkt an ausländischen Standorten statt – immer im Vergleich zu der Beschäftigung, die bei weniger rigiden Schutzregelungen und flexibleren Kündigungsverfahren zu erwarten ist und gesamtwirtschaftlich an sich lohnend wäre. Der Produktionsfaktor Arbeit wird in der

Kostenrechnung der Unternehmen mit einem Zuschlag in Höhe der Kosten des Kündigungsschutzes versehen. Damit entfaltet der Kündigungsschutz die Wirkungen einer Marktzutrittsschranke für Arbeitsuchende, allemal für diejenigen Personen, die der Gesetzgeber für besonders schutzwürdig hält.

- Sodann: Die bestehenden Kündigungsschutzrechte treffen die Unternehmen und die Arbeitnehmer ungleich. Die größeren Unternehmen haben mehr Möglichkeiten, mit den Problemen und Kostenrisiken des Kündigungsschutzes fertig zu werden als kleine Unternehmen, namentlich Handwerksbetriebe; das führt zu Wettbewerbsverzerrungen. Eine weitere Differenzierung: Die Beschäftigten kommen im Falle einer späteren Kündigung bei Entschädigungszahlungen besser weg, wenn sie mit vielen anderen Kollegen entlassen werden (Sozialplan) als wenn ihnen allein gekündigt wird; das ist aus der Sicht der Betroffenen willkürlich und ungerecht.
- Und nicht zuletzt: Der gesetzliche Kündigungsschutz verleitet die Tarifvertragsparteien zu Lohnabschlüssen, die im Ganzen zu hoch sind und in ihrer Struktur zu wenig auf Besonderheiten der Branchen, Regionen und Qualifikationen der Arbeitnehmer Rücksicht nehmen. Die Arbeitsplatzbesitzer freuen sich natürlich auch bei marktwidrigen Lohnabschlüssen über den Einkommenszuwachs, jedenfalls so lange, wie sie selber vor Entlassung geschützt sind (auf Dauer sind sie es nicht). Aber den vielen Arbeitsuchenden, die jetzt schon arbeitslos und wenig qualifiziert sind und auch noch in strukturschwachen Regionen wohnen, wird der Einstieg in die Beschäftigung durch eine solche Lohnpolitik faktisch verwehrt; wiederum entpuppt sich eine gut gemeinte Regelung als eine unfaire Regelung. Angesichts der bedrückend hohen Arbeitslosigkeit wiegt dies besonders schwer.

37. Eine Politik, die mehr Beschäftigung und Wachstum anstrebt und von der Freiheit und Eigenverantwortung der Bürger ausgeht, muss dafür sorgen, dass solche Fehlanreize, Wettbewerbsverzerrungen, Diskriminierungen und Privilegien beseitigt werden. Einen Anfang hat der Gesetzgeber im Dezember vergangenen Jahres mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt gemacht (Abschnitt II, S.9 ff). Aber die Schritte sind zu zaghaft.

Noch immer dominiert das Denken, der Gesetzgeber müsse mit Bestandsschutzregelungen in individuelle Arbeitsverträge eingreifen; noch immer werden dem Arbeitgeber strenge Beweispflichten abverlangt; noch immer wird der besondere Kündigungsschutz für unantastbar gehalten; noch immer sind die Kündigungsmöglichkeiten bei Fehlverhalten oder lang andauernder Krankheit eines Arbeitnehmers faktisch sehr beschränkt; noch immer sind die Sozialplanregelungen höchst unvollkommen und können weiterhin in der Praxis übermäßig extensiv ausgelegt werden, noch immer wird nichts getan, um die Belastung der Unternehmen zu mindern und die Verteuerung der Arbeit in Grenzen zu halten. Und was am schwersten wiegt: Noch immer wird verdrängt, dass sich die vermeintlichen Schutzregelungen letztlich gegen die angeblich zu Schützenden richten.

Dass diese Mängel mit dem neuen Gesetz behoben und die Rechtsunsicherheit für die Arbeitgeber wieder möglichst klein und die Rechtsprechung kalkulierbar gemacht würden, das kann man ernsthaft nicht behaupten. Auch nach dem neuen Gesetz müssen bei entstehenden Streitigkeiten die Gerichte ihre Entscheidungen auf eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe stützen. Damit sind Kündigungsverfahren programmiert – wie gehabt. Jedenfalls gibt es starke Fehlanreize bei den Arbeitnehmern und deren Anwälten, vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung beziehungsweise des Fortbestandes eines Arbeitsverhältnisses zu klagen, in der Hoffnung, bei einem Vergleich mit dem Arbeitgeber eine höhere finanzielle Entschädigung als die gesetzliche

Leitvorstellungen für eine grundlegende Reform

Abfindung zu erwirken. Auch deshalb darf man sich mit der gerade auf den Weg gebrachten Reform nicht zufrieden geben.

38. Der Kündigungsschutz muss flexibel gehandhabt werden können, damit auf dem Arbeitsmarkt die für die Wirtschaftsdynamik erforderliche Beweglichkeit nicht leidet. Die Interessen der Arbeitnehmer an einem sicheren Arbeitsplatz und an einem hohen Lohn einerseits und die Effizienz- und Flexibilitätserfordernisse der Unternehmen andererseits müssen neu austariert werden. Nur so wird gewährleistet, dass das Interesse der Arbeitssuchenden an verbesserten Einstellungschancen die gebotene Berücksichtigung findet. Als gelungen kann eine Reform dann – und nur dann – bezeichnet werden, wenn am Ende das Insider-Outsider-Problem nicht durch einen gesetzlichen Kündigungsschutz verschärft wird.

39. Diesen Interessen der Marktteilnehmer im Verhältnis zueinander werden Regelungen vor Ort, gleichsam auf betrieblicher Ebene, besser gerecht als die derzeitigen gesetzlichen Vorschriften. Divergierende Präferenzen, Notwendigkeiten und Möglichkeiten werden in einem marktwirtschaftlichen Suchprozess bestmöglich aufgedeckt. Eine intelligente Reformpolitik sollte sich diesen Umstand zunutze machen.

Grundsätzlich kommen zwei marktorientierte Reformstrategien in Betracht:

- eine radikale, bei der der gesetzliche Kündigungsschutz in einem Zug aufgehoben und durch private Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgelöst wird und im Übrigen nur das Verbot der Willkür bei Entlassungen unangetastet bleibt;
- eine graduelle, bei der für die bestehenden Arbeitsverträge der gesetzliche Kündigungsschutz fortbesteht, bei den neu abzuschließenden Beschäftigungsverhältnissen indes Arbeitgeber und Arbeitnehmer im beiderseitigen Einverneh-

men vom gesetzlichen Kündigungsschutz abweichen können.

Der Kronberger Kreis wirbt aus pragmatischen Gründen für die zweite Strategie.¹⁰ Sie stärkt, wie die erste, die individuelle Vertragsfreiheit und macht den Markteintritt und Marktaustritt offener, wenn auch mit verzögerter Breitenwirkung, bis es nur noch neue Arbeitsverträge gibt. Für beide Strategien gilt: Die Kündigung ist ein wichtiges Allokationsinstrument am Arbeitsmarkt.

40. Ein Willkürverbot unterbindet im Falle von Entlassungen eine Ungleichbehandlung der Mitarbeiter wegen des Alters, des Geschlechts, der Staatsangehörigkeit, der Hautfarbe und dergleichen mehr (vgl. Ziffer 44). Die Kündigung muss gerechtfertigt sein. Die betrieblichen Anforderungen haben Vorrang vor sozialen Gesichtspunkten, was nichts anderes heißt, als dass die sozialen Belange in aller Regel nicht durch Kündigungsschutzregelungen gesichert werden können, sondern durch allgemeine Maßnahmen der Wirtschafts- und Sozialpolitik zu berücksichtigen sind.

Dem Zweck einer effektiven Reform entspricht es, im Gesetz die unbestimmten Rechtsbegriffe auf ein Mindestmaß zu reduzieren und die Beweispflichten für die Unternehmen zu begrenzen. Soweit unbestimmte Rechtsbegriffe unvermeidlich sind, sollte die Rechtsprechung bei deren Ausfüllung darauf achten, dass von Einzelfallentscheidungen Drittwirkungen ausgehen können, die unerwünscht sind, weil Sperren für mehr Beschäftigung entstehen. In Zeiten großer wirtschaftlicher Dynamik und niedriger Arbeitslosigkeit sind solche Drittwirkungen – vielleicht – vernachlässigbar, nicht aber, wenn das wirtschaftliche Wachstum langsam und die Arbeitslosigkeit hoch ist. Die

¹⁰ Nicht weit davon entfernt ist der Vorschlag der CDU/CSU in ihrem Wachstumsprogramm „Weichen stellen für Deutschland“ vom 7. März 2004, den gesetzlichen Kündigungsschutz nicht anzuwenden, wenn Arbeitslose, die 50 Jahre und älter sind, mit der Vereinbarung einer Abfindung für den Kündigungsfall eingestellt werden.

**Das Recht auf
individuelle
Vertragsgestal-
tung**

Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit ist nicht nur ein zentrales Ziel der Wirtschaftspolitik, sondern auch ein gesellschaftspolitisches Ziel von hohem Rang, weil sie zu mehr sozialer Gerechtigkeit führt und dem Gemeinwohl dient.

41. Im Prinzip kann man es dem Markt überlassen, über einzelvertragliche Regelungen den Kündigungsschutz so zu gestalten, dass die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Einklang gebracht werden. Das Interesse des Arbeitgebers besteht darin, auf konjunkturbedingte Veränderungen der Marktlage oder auf den Strukturwandel flexibel reagieren zu können. Dazu braucht er Möglichkeiten zur Anpassung seiner Belegschaft – zu Entlassungen, wenn die Produktion zurückgefahren werden muss, zu Neueinstellungen, wenn der Absatz ausgeweitet und in neue Märkte vorgedrungen werden kann. Das Interesse des Arbeitnehmers besteht darin, bei der Suche nach einem Arbeitsplatz Erfolg zu haben und den Arbeitsplatz zu halten.

Es gibt keinen ökonomisch vernünftigen Grund, Arbeitgeber und Arbeitnehmer daran zu hindern, freiwillig solche Kündigungsregelungen auszuhandeln, die sich für beide Seiten lohnen und ihren Bedürfnissen und Präferenzen entsprechen; das können kürzere oder längere Kündigungsfristen sein, mit und ohne Abfindungen, auch in Kombination mit einem Lohnzuschlag oder Lohnabschlag. Die einzelvertragliche Regelung des Kündigungsschutzes impliziert, dass die Marktaustrittsschranken unterschiedlich sein werden. Entscheidend ist aber, dass es keine Marktzutrittsschranken mehr gibt, wie sie ein kostenträchtiger gesetzlicher Kündigungsschutz unweigerlich errichtet. Man kann auch sagen, es steigen die Beschäftigungschancen für alle, die Arbeit suchen, sei es erstmals im Erwerbsleben, sei es nach erlittener Arbeitslosigkeit.

42. Gesamtwirtschaftlich betrachtet wäre bei individuellen Kündigungsschutzvereinbarungen das Marktergebnis besser, als es unter dem bestehenden gesetzlichen Kündigungsschutz sein kann. Denn bei dieser Standardlösung kommt es

eben nicht zu einem individuellen Interessenausgleich zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern.

Im Nebeneffekt werden bei Wegfall eines gesetzlichen Kündigungsschutzes zwei Ursachen von Verzerrungen behoben:

- Zum einen gibt es keine Anwendungsschwelle des Kündigungsschutzes mehr. Die Festlegung von Schwellenwerten hinsichtlich der Belegschaftsgröße in einem Betrieb, ab der der Schutz bei betriebsbedingten Kündigungen greift, oder wie jetzt geschehen die Anhebung des Schwellenwerts, ist letztlich künstlich; wo auch immer die Schwelle gesetzt wird (derzeit ab dem 11. Mitarbeiter), tritt ein Sprungproblem auf, bei dem eine Belegschaft mal so gesehen wird, dass sie ohne den allgemeinen Kündigungsschutz auskommt, mal so, dass sie diesen plötzlich braucht. Das ist sachlich nicht gerechtfertigt. Geradezu kontraproduktiv sind die Schwellenwerte in Situationen, in denen kleinere Unternehmen wachsen wollen und sich bei der Schaffung neuer Arbeitsplätze restringiert fühlen. Der Wegfall der Schwellenwerte wäre beschäftigungspolitisch ein Gewinn.
- Zum anderen stehen betriebsbedingte Kündigungen bei freiwillig vereinbartem Kündigungsschutz nicht mehr unter dem schwer zu handhabenden Gebot der sozialen Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer. Auch die unter diesem Rubrum definierten Merkmale sind Ermessenssache und damit oft genug Anlass für Rechtsstreitigkeiten, die mit beträchtlichen privaten und sozialen Kosten verbunden sind. Ökonomisch begründen ließe sich ohnehin nur das Kriterium „Dauer der Betriebszugehörigkeit“; insoweit nämlich, als angenommen werden darf, dass die Produktivität des Mitarbeiters in den frühen Jahren der Betriebszugehörigkeit oberhalb des Arbeitsentgelts lag, so dass für die späteren Jahre eine Art Risikovorsorge für einen eventuell drohenden Arbeitsplatzverlust stattgefunden hat. Die anderen drei Merkmale der Sozialauswahl nach geltendem Recht – Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung

des Arbeitnehmers – haben nichts mit dem Betrieb zu tun. Sie privilegieren ganz bestimmte Arbeitsplatzbesitzer zu Lasten der anderen, und sie diskriminieren insgesamt die Arbeitssuchenden. Der Gesetzgeber scheint sich seiner Sache auch nicht sicher zu sein; er hat bei der jüngsten Änderung des Kündigungsschutzgesetzes den Vorbehalt bei der Sozialauswahl bekräftigt, dass betrieblichen Interessen an einer Weiterbeschäftigung qualifizierter Arbeitskräfte Rechnung zu tragen ist (§ 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG). Beschäftigungspolitisch angemessener ist es, bei betriebsbedingten Kündigungen ganz auf die Sozialauswahl zu verzichten.

43. Die freiwillige individuelle Regelung wäre eine radikale Abkehr vom bestehenden System. Aber es bliebe bei dem Gebot der Nichtdiskriminierung. Schutz vor willkürlichen Kündigungen leitete auch einst den Gesetzgeber bei der Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes von 1951. Dieser Grundsatz ist bedeutsam, weil Arbeitsverträge als im Prinzip langfristige Verträge unvollständige („relationale“) Verträge sind. Bei Vertragsabschluss lässt sich nicht alles, was in der Zukunft als Leistung und Gegenleistung erbracht werden soll, eindeutig regeln. Diese Unvollkommenheit birgt, so die Befürchtung vieler, die Gefahr opportunistischen Verhaltens im Sinne der Versuchung seitens einer der Vertragsparteien in sich, zu einem späteren Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis anders als ursprünglich nach Buchstaben und Geist gedacht auszulegen, zum eigenen Vorteil nämlich. Ex-post-Opportunismus kann es auf beiden Seiten geben. Aber er gilt als wahrscheinlicher beim Arbeitgeber, weil dieser in der Regel über die stärkere Marktposition verfügt und davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer die Kosten eines Stellenwechsels, zumal wenn mit einem Wohnortwechsel verbunden (Umzug, Neueinschulung der Kinder, örtliche Trennung vom berufstätigen Ehepartner, Eingewöhnung in ein neues soziales Umfeld), vermeiden möchte. Aber sicher sein kann sich der Arbeitgeber nicht, denn jeder Arbeitnehmer kann an der Schwelle eines Wechsels zu einem anderen Unternehmen stehen und Wiedereinstellungskosten im bisherigen Unternehmen auslösen.

44. Willkür bei Entlassungen sollte auch dann ausgeschlossen bleiben, wenn der gesetzliche Kündigungsschutz einverständlich ausgeschlossen wurde. Dazu bedarf es nicht eines neu einzuführenden Diskriminierungsverbotes. Die Anwendung allgemeiner Regeln, hier des Sittenwidrigkeitstatbestandes nach § 138 BGB und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB, reicht aus. Es gelten insofern die Kriterien, wie sie schon heute für Arbeitnehmer außerhalb des gesetzlichen Kündigungsschutzes eingreifen, also bei solchen, die in Betrieben mit nicht mehr als zehn Beschäftigten tätig sind oder deren Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate Bestand hat. Es ist freilich darauf zu achten, dass über diese Hintertür der „allgemeinen Regeln“ nicht der abbedungene gesetzliche Kündigungsschutz erneut Einzug hält. Dann liefe die Reform ins Leere. Materiell sollte jeder „sachliche Grund“ genügen, um eine Rückgängigmachung einer Kündigung nach §§ 138, 242 BGB von vornherein auszuschließen. Die Beweislast für Tatsachen, die einen Verstoß gegen die genannten Normen indizieren, läge ohnehin bei einem klagenden Arbeitnehmer. Sie darf nicht durch überzogene Anforderungen an prozessuale Mitwirkungspflichten auf Seiten des Arbeitgebers de facto wieder letzterem zugeschoben werden. Ein Reformgesetzgeber kann dies dadurch sicherstellen, dass er seine Gesetzesbegründung entsprechend eindeutig abfasst.

45. In aller Regel wird sich ein Arbeitgeber gar nicht willkürlich verhalten. Das originäre Interesse eines Unternehmens ist nicht, Arbeitnehmer zu entlassen. Er weiß, dass Neueinstellungen mit Kosten verbunden sind, Suchkosten und Einarbeitungskosten, die zu vermeiden das Selbstverständlichste der Welt ist. Das originäre Interesse ist daher genau umgekehrt. Es besteht darin, genügend Arbeitskräfte im Betrieb zu haben, mit denen marktgerecht produziert, die Herausforderungen des Strukturwandels gemeistert und eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital erzielt werden können. Wie in anderen Bereichen gilt auch hier, dass man mit Rechtschaffenheit und Ehrlichkeit Reputation aufbaut. Reputation ist ein großes Plus bei der Anwerbung von tüchtigen Arbeitskräften und moti-

viert diese, sich mit ihrem Unternehmen zu identifizieren und all ihre Tüchtigkeit und ihre Fähigkeiten in den Produktionsprozess einzubringen. Viele Arbeitgeber investieren in das Humankapital ihrer Beschäftigten, indem sie deren Fort- und Weiterbildung aktiv fördern. In Maßen erwerben die Mitarbeiter dadurch zwar auch betriebsspezifische Fertigkeiten, die sie anderswo bei einem vergleichbaren Lohn nicht verwenden könnten, was Abhängigkeiten vom derzeitigen Arbeitgeber erzeugt. Aber der Arbeitgeber ist nicht darauf aus, diese Abhängigkeit opportunistisch auszunutzen, sondern sein Ziel ist es, die Produktivität im Betrieb zu erhöhen und möglichst keine tüchtigen Mitarbeiter an die Konkurrenz zu verlieren. Insoweit hat der Arbeitgeber einen Anreiz zur vertragstreuen Handhabung eines vereinbarten Kündigungsschutzes. Wer willkürlich entlässt, schadet sich selbst; ein Arbeitgeber mit einem „schlechten Ruf“ wird in der Öffentlichkeit womöglich sogar stigmatisiert, was nicht ohne negative Rückwirkungen für das Unternehmen, auch auf dem Gütermarkt, bleiben wird.

46. Das neue System wird sich nicht auf einen Schlag einführen lassen. Alle Arbeitsverträge sind unter den geltenden gesetzlichen Kündigungsschutzregelungen abgeschlossen worden. In bestehende Verträge sollte man nicht eingreifen – obwohl die gegenwärtig Beschäftigten gar nicht sicher sein können, dass ihnen der gesetzliche Kündigungsschutz auf Dauer den Arbeitsplatz sichert. Konkret heißt dies, dass der gesetzliche Kündigungsschutz in der seit dem 1. Januar 2004 geltenden Form für alle zum Reformzeitpunkt beschäftigten Arbeitnehmer weitergilt. Allerdings können bestehende Arbeitsverträge im gegenseitigen Einvernehmen neu verhandelt werden.

47. Bei Neueinstellungen jedenfalls kann man die Flexibilisierung des Kündigungsschutzrechts in die Wege leiten, indem der Kündigungsschutz auf individueller Basis abdingbar gemacht wird. Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren die Modalitäten im beiderseitigen Einvernehmen nach Ablauf der Probezeit. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so gilt der

gesetzliche Kündigungsschutz. Für eine Vereinbarung bieten sich drei Möglichkeiten an:

- *Erstens*, der Arbeitnehmer kann eine Abfindung mit dem Arbeitgeber vereinbaren und im Gegenzug auf den Kündigungsschutz jenseits der gesetzlichen Kündigungsfristen verzichten. Wohlgemerkt: Eine solche Vereinbarung wäre ein Aliud zu der im neuen Gesetz etablierten Abfindungsregelung, bei der ein Abfindungsanspruch lediglich als Instrument der Schadensbegrenzung, d. h. zwecks Vermeidung von Kündigungsschutzklagen, legalisiert wird. Da bei Abschluss des Arbeitsvertrags nicht absehbar ist, wann gegebenenfalls eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden muss, sollte der Betrag, der als Abfindung vereinbart wird, dynamisiert werden. Am einfachsten geht dies durch Festlegung eines Prozentsatzes von dem Lohn, den der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Entlassung bezieht. Der Arbeitgeber könnte entsprechende Rückstellungen bilden.
- Eine *zweite* Form, den gesetzlichen Kündigungsschutz abzubedingen, besteht darin, einen höheren Lohn als den sonst gezahlten zu vereinbaren. Der Arbeitnehmer wäre von Beginn des Vertragsverhältnisses an für den freiwilligen Verzicht auf das Schutzrecht kompensiert, während die alternative Abfindungsvereinbarung erst greift, wenn der Kündigungsfall eintritt. Durch den Lohnzuschlag, der als Prozentsatz des laufenden Arbeitsentgelts festgelegt wird, ist hier für eine automatische Dynamisierung nach Maßgabe der allgemeinen Lohnentwicklung gesorgt. Der Vorteil für den Arbeitgeber besteht darin, dass er im Falle einer betriebsbedingten Entlassung und möglicherweise zu einem Zeitpunkt, in dem das Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt, nicht eine größere Summe auszahlen müsste, was Liquiditätsprobleme heraufbeschwören könnte, selbst wenn Rückstellungen für die Abfindung gebildet worden waren. Bei betriebsbedingten Entlassungserfordernissen vor die Wahl gestellt, ob er Mitarbeitern mit Abfin-

Für den Übergang: Den Kündigungsschutz in Neuverträgen abdingbar machen

dungsregelung oder Mitarbeitern mit Lohnzuschlagsregelung kündigen soll (bei gleicher Qualifikation), wird der Arbeitgeber letztere nehmen, denn die Kündigung von Mitarbeitern mit Abfindungsregelung führt zu einem Kapitalverlust; die bereits gezahlten Lohnzuschläge andererseits sind für ihn „versunkene Kosten“.

Ein Risiko für den Arbeitgeber besteht allerdings insofern, als der Arbeitnehmer durch bewusstes Fehlverhalten seine Kündigung provozieren kann; einen Rückerstattungsanspruch auf den zuvor vereinbarungsgemäß gewährten Lohnzuschlag hätte der Arbeitgeber nicht. Ganz ausschließen kann man dieses Moral Hazard wohl nicht, aber zur Regel wird es auch nicht werden, da der Arbeitnehmer weiß, dass sich im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung seine Chancen, anderswo Beschäftigung zu finden, verschlechtern.

- Eine *dritte* Option kann für Arbeitsuchende interessant sein, die unter dem bestehenden Tariflohn keine Beschäftigung bekämen, weil ihre Produktivität zu niedrig ist, nämlich ganz auf den Kündigungsschutz und auf kompensierende Lohnzuschläge zu verzichten. Diese Personen werden für den Arbeitgeber attraktiver und verbessern ihre Einstellungschancen. Das ist allemal besser als arbeitslos zu bleiben; dann nützt auch der beste gesetzliche Kündigungsschutz nichts. Man könnte auch vereinbaren, nach einiger Zeit diese Regelung zu überprüfen. Wenn sich der betreffende Arbeitnehmer bewährt und seine Produktivität steigt, ist vorstellbar, dass sein Arbeitgeber mit ihm eine neue Vereinbarung trifft, die sich an eine der oben genannten Modalitäten anlehnt.

48. In allen drei Fällen handelt es sich um individuell getroffene Vereinbarungen. Inwieweit die Arbeitnehmer, die neu eingestellt werden wollen, den Kündigungsschutz abbedingen, und welche Option sie am liebsten realisieren würden, weiß im Voraus niemand. Ob die Arbeitgeber ihren Beschäftigten ein

Wahlrecht in Bezug auf die Optionen Abfindung oder Lohnzuschlag einräumen, oder ob sie für alle nur eine einheitliche Regelung anbieten, ist ebenfalls offen. Das muss in der Praxis herausgefunden werden. Zu vermuten ist allerdings, dass ein Unternehmen dazu neigen wird, bei seiner Belegschaft eine einheitliche Kündigungsschutzvereinbarung anzustreben. Dafür sprechen Gründe der betriebsorganisatorischen Praktikabilität; aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wären dann effiziente Entlassungsentscheidungen wahrscheinlich. Auf der Arbeitnehmerseite dürften sich Präferenzen für die Abdingbarkeit eher bei qualifizierten Arbeitskräften zeigen, die ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt als gut ansehen. Wenig qualifizierte Arbeitskräfte mögen die Abdingbarkeit nutzen, um überhaupt einen Arbeitsplatz zu bekommen. Je günstiger die allgemeine Entwicklung am Arbeitsmarkt ist und je zuversichtlicher die Erwartungen der Beschäftigten sind, dass künftig wieder ein hoher Beschäftigungsstand erreicht werden kann, um so eher kann auf einen umfassenden Kündigungsschutz verzichtet werden, um so eher lässt sich aber auch ein individueller Schutzbedarf vertraglich verankern. Zu glauben, der gesetzliche Kündigungsschutz sei in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit die bessere Option, ist allerdings ein Trugschluss, weil gerade das selbige Schutzrecht dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrags im Wege stehen kann.

49. Wie auch immer: Um das Beschäftigungspotential, das ein flexibler Kündigungsschutz verspricht, erschließen und nutzen zu können, ist sehr wichtig, dass die Möglichkeit zur einzelvertraglichen Regelung nicht durch den kollektiven Tarifvertrag ausgehebelt wird. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände könnten aus organisationspolitischen Gründen ein Interesse haben, genau dies zu tun – die Gewerkschaften, weil sie einen flächendeckenden Kündigungsschutz brauchen, um Lohnerhöhungen durchzusetzen, mit denen sie vor ihren Mitgliedern bestehen können; die Arbeitgeberverbände, weil sie einen flächendeckenden Kündigungsschutz als ein Mittel betrachten, um den sozialen Frieden im Betrieb, also mit den beschäftigten Arbeitnehmern, zu sichern. Dass es bei der

Flexibilisierung des Kündigungsschutzes vor allem darum geht, die Beschäftigungschancen von Arbeitsuchenden zu verbessern, könnte bei den Tarifvertragsparteien allzu schnell aus dem Blickfeld geraten. Man denke an die Erfahrungen der neunziger Jahre, als der Gesetzgeber 1996 die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall absenkte (auf 80 vH des letzten Lohns) und anschließend die Tarifvertragsparteien faktisch den alten Zustand wieder hergestellt haben. Mit dem weit gehenden Erhalt der vollen Entgeltfortzahlung wurde die angestrebte Senkung der Lohnnebenkosten konterkariert und in Kauf genommen, dass der Produktionsfaktor Arbeit zu teuer blieb und der angestrebte Beschäftigungseffekt nicht erreicht wurde. Es ist daher zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie die Abdingbarkeit des gesetzlichen Kündigungsschutzes aus dem kollektiven Tarifvertrag herausgehalten werden kann. Eine allgemeine Tarifvertragssperre ist aus verfassungsrechtlichen Gründen möglicherweise nicht zulässig. Dies bedarf hier keiner Entscheidung. Denn eine Änderung des Günstigkeitsprinzips nach § 4 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz in dem Sinne, dass die auf freiwilliger individueller Basis erzielten Vereinbarungen über die Abdingbarkeit des Kündigungsschutzes als beschäftigungsfördernd gelten, d. h. die Erlangung eines Arbeitsplatzes zu den Abwägungsgründen zählt, um vom kollektiven Tarifvertrag abzuweichen, könnte weiterhelfen. Das Gleiche gilt, wenn der Gesetzgeber vorschreibt, dass Tarifverträge Öffnungsklauseln vorzusehen haben, die es dann erlauben, einzelvertragliche Kündigungsschutzregelungen zu finden.

50. Wird der Kündigungsschutz im beiderseitigen Einvernehmen abbedungen, ist das Kriterium der Sozialauswahl bei anstehenden betriebsbedingten Entlassungen eigentlich obsolet. Wird gleichwohl nicht ganz darauf verzichtet, weil verfassungsrechtliche Vorgaben (Artikel 20 Abs. 1 GG) zu beachten sind, so sollte, wie gesagt, nur die Dauer der Betriebszugehörigkeit von Belang sein. Einen Sonderfall bilden die Mitglieder des Betriebsrats. Um der sachgerechten Wahrnehmung ihrer Aufgaben willen ist es vertretbar, dass sie während ihrer Amtszeit aus betriebsbedingten Gründen nicht entlassen wer-

den, unabhängig von der gewählten Abdingbarkeitsmodalität; diese wird gleichsam auf Zeit ausgesetzt.

Bei Kündigungen aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen müssten soziale Gesichtspunkte ohnehin hintangestellt werden. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die dem Unternehmen hohe und faktisch schwer zu erfüllende Beweispflichten auferlegt hat, muss dringend korrigiert werden. Insbesondere sollte von dem Arbeitgeber nicht, wie derzeit noch, der Nachweis verlangt werden, dass bei einer Weiterbeschäftigung der betreffenden Person die Arbeitsabläufe unzumutbar gestört würden (Aufhebung des Prognoseprinzips). Auch für den Arbeitnehmer gilt, dass er sich vertragskonform zu verhalten hat. Wenn er das nicht will oder kann, muss er die Konsequenzen tragen und darf nicht mit dem Hinweis auf soziale Besonderheiten seiner Person zu Lasten des Arbeitgebers, der Kollegen im Betrieb und der Arbeitssuchenden den eigenen Arbeitsplatz gesichert bekommen. Der Gesetzgeber muss hier für präzise Vorgaben sorgen.

51. Das jüngste Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt hat eine im internationalen Vergleich einzigartige arbeitsrechtliche Schutzeinrichtung – die Sozialplanregelung – unangetastet gelassen, obwohl seit Jahren Streit über deren Rationalität besteht. Der Kronberger Kreis¹¹ hatte einst gar dafür plädiert, den Sozialplan abzuschaffen. Die Sozialplanpflicht des Betriebsverfassungsgesetzes (§ 112) knüpft an den Tatbestand einer Massenentlassung aus Gründen einer Betriebsänderung wie die Stilllegung oder örtliche Verlegung von Produktionsstätten, die Einführung ganz neuer Fertigungsverfahren oder die grundlegende Umstrukturierung der Unternehmensorganisation an. Die entlassenen Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf finanzielle Entschädigung durch den Arbeitgeber. Sozialplanpflichtig sind mittlere und große Unternehmen mit 500 und mehr Beschäftigten, wenn von den geplanten umfang-

Die gesetzliche Sozialplanpflicht ist ebenfalls reformbedürftig

¹¹Kronberger Kreis (1986): „Mehr Markt im Arbeitsrecht“, Bd. 10, Ziffer 24, Bad Homburg.

reichen Entlassungen mindestens zehn Prozent der Belegschaft betroffen sind.

52. Als der Gesetzgeber im Jahre 1972 diese Sozialplanregelung eingeführt hatte, gaben spezifische strukturpolitische Probleme den Ausschlag, nämlich die Zechenschließungen im Ruhrgebiet, die regional konzentriert Arbeitslosigkeit und Einkommensrückgänge bei den privaten Haushalten verursachten, mit der Folge einer fühlbaren Abschwächung der Nachfrage nach lokalen Gütern (Einzelhandel, Dienstleistungen, Gaststättengewerbe und dergleichen mehr). Es war vorauszusehen, dass die deutsche Volkswirtschaft auch in Zukunft Phasen eines massiven Strukturwandels würde durchlaufen müssen (was dann auch der Fall war), und es galt daher als vernünftig, eine institutionelle Regelung zu haben, die die Risiken und Kosten des Entlassens und des Entlassenwerdens angemessen den Vertragsparteien zurechnet, also einen betrieblichen Sozialplan zu fordern. Mittlerweile werden in der Anwendungspraxis des Sozialplans allerdings nicht nur bei strukturbedingten Massenentlassungen finanzielle Entschädigungen vorgesehen, sondern auch bei Massenentlassungen aus konjunkturellen Gründen.

Die ökonomische Begründung der Sozialplanpflicht stellt darauf ab, dass bei Massenentlassungen gesamtwirtschaftlich negative Folgen auftreten können und deshalb das Unternehmen, das eine solche Maßnahme plant, angehalten werden soll, im Voraus das Für und Wider für sich selbst und die Volkswirtschaft sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Ohne Sozialplanregelung würde diese Abwägung ausbleiben und es könnte dann passieren, dass das Unternehmen bei einer anstehenden Betriebsänderung viele Arbeitskräfte entlässt und zugleich betriebsspezifisches Humankapital weggibt, obwohl es gesamtwirtschaftlich effizienter gewesen wäre, diese Massenentlassung zu vermeiden und das Humankapital weiter zu nutzen, und sei es an anderer Stelle im Betrieb und in einer anderen Kombination mit dem eingesetzten Sachkapital und den ver-

wendeten Technologien. Und den entlassenen Arbeitnehmern können bei dem notwendig gewordenen Wechsel zu einem neuen Beschäftigungsverhältnis besondere wirtschaftliche Nachteile entstehen, für deren Abfederung im Arbeitsvertrag keine Vorkehrung getroffen worden war, weil ein etwaiger Bedarf an Betriebsänderungen nun einmal nicht zu prognostizieren ist. Die Sozialplanregelung ist der Versuch, zu einem Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien zu gelangen. Faktisch handelt es sich um eine Nachverhandlung zwischen Arbeitgeber und Belegschaft (Betriebsrat) zum einstigen Arbeitsvertrag und der dort vorgesehenen Entlohnung, wenn der unvorhergesehene Fall einer Betriebsänderung eintritt. Gäbe es diese Möglichkeit der Nachverhandlung nicht, müssten also die Arbeitnehmer allein das Arbeitsplatzrisiko der Betriebsänderung tragen, so würden sie einen höheren Lohn als sonst verlangen; mit Sozialplanregelung bekommen die Unternehmen die Arbeitskräfte billiger. Daher ist prinzipiell vorstellbar, dass eine solche Regelung auch freiwillig zustande gekommen wäre (jedenfalls bei Gleichgewicht auf dem Arbeitsmarkt). Aber: Der Versuch eines Interessenausgleichs ist und bleibt eine Gratwanderung zwischen den richtigen unternehmerischen Antworten auf den gesamtwirtschaftlichen Strukturwandel und der Anpassungsfähigkeit und -bereitschaft der Beschäftigten.

53. Für den Sozialplan gilt hinsichtlich der Arbeitsmarkteffekte im Prinzip das Gleiche wie für den gesetzlichen Kündigungsschutz: Er wirkt als Marktzutrittsschranke für Arbeitsuchende. Bei einer überzogenen Auslegung dessen, was durch den Sozialplan abgedeckt werden soll, muss dies allemal bedacht werden. Die Rechtsprechung tendiert dazu, die Sozialplanpflicht extensiv zu interpretieren. So sind inzwischen pauschalierte Abfindungen gang und gäbe. Das halten wir für sehr problematisch. Die Erfahrung lehrt, dass opportunistischem Verhalten der betroffenen Arbeitnehmer (Mitnahme-Effekte, verzögerte Suche nach einer anderen Beschäftigung) Vorschub geleistet wird und die Unternehmen mit zeitaufwendigen

Sozialplanverhandlungen und hohen Entschädigungszahlungen über Gebühr belastet werden. Die soziale Treffsicherheit ist gering, weil die Sozialplan-Abfindungen sich im Wesentlichen an der Einkommenshöhe und der Dauer der Betriebszugehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer orientieren, unabhängig von ihrer Mobilität und Wiederbeschäftigungschance und gleichgültig, ob soziale Härtefälle gemildert oder Personen bedacht werden, die sich selbst helfen können. Eine Reform des Sozialplans bleibt daher auf der Tagesordnung der noch unerledigten Aufgaben zur Deregulierung des Arbeitsmarktes.

54. Die Reform sollte die folgenden Elemente enthalten:

- Bei der Festlegung von Entschädigungsleistungen werden nur die Mobilitätskosten berücksichtigt, die den entlassenen Arbeitnehmern entstehen, um eine Anschlussbeschäftigung anzutreten. Zugrunde gelegt werden pauschalisierte Mobilitätskosten, nicht die tatsächlichen, die ohnehin schwer feststellbar sind und außerdem vom Arbeitnehmer aufgebläht werden können. Ein finanzieller Ausgleich für etwaige Einkommenseinbußen wird nicht gewährt. Es wäre nicht zu begründen, Unternehmen in die Pflicht zu nehmen, wenn entlassene Arbeitnehmer eine neue Beschäftigung nur zu einem niedrigeren Lohn finden, weil auf dem Arbeitsmarkt ein Überschussangebot herrscht.
- Für die Aufstellung eines Sozialplans wird ein möglichst knapper Zeitraum festgelegt. Innerhalb von zwei Wochen sollte es in Verhandlungen mit dem Betriebsrat möglich sein, zu einer Entscheidung über die finanziellen Leistungen zu gelangen.
- Wenn bei Massenentlassungen auch Arbeitnehmern gekündigt wird, die auf individueller Basis den Kündigungsschutz für sich abbedungen hatten, so gilt für sie grundsätzlich die von ihnen gewählte einzelvertragliche Regelung. Allerdings sollten diese Personen das Recht erhalten, statt-

dessen für die Sozialplanleistung unter Anrechnung der individuell vereinbarten finanziellen Abfindung bzw. der Summe der bezogenen Lohnzuschläge zu optieren. An diesen Fällen wird deutlich, dass Sozialplanregelungen entfallen können, wenn es einen längeren Zeitraum mit individuellen Kündigungsschutzregelungen gegeben hat.

55. Trotz der jetzt eingeführten Erleichterungen für den Abschluss von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen – zugunsten von Existenzgründern – sind immer noch die Bestimmungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes von Ende 2000 in Kraft, wonach die Befristung maximal zwei Jahre beträgt und ein solcher befristeter Vertrag bei einem Arbeitgeber jeweils nur einmal abgeschlossen werden darf. Die Vertragsfreiheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die an einem solchen Beschäftigungsverhältnis interessiert sind, wird unnötig eingeschränkt, potentielle Beschäftigungsmöglichkeiten werden vergeben.

56. Seit dieser Vertragstyp in das deutsche Arbeitsrecht eingeführt wurde (durch das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985), stößt er auf vehemente Kritik bei Gewerkschaften und Sozialpolitikern. Es wird eingewandt, dass einer Zwei-Klassen-Arbeitnehmerschaft in den Unternehmen (Stammbelegschaft mit unbefristetem Arbeitsvertrag, Randbelegschaft mit befristetem Arbeitsvertrag) Vorschub geleistet und dadurch der Betriebsfrieden zu Lasten der Produktivität gestört werde. Die bisher gemachten Erfahrungen, in Deutschland und anderswo, belegen dies nicht. Es trifft zwar zu, dass ein unbefristeter Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer unter sonst gleichen Bedingungen günstiger ist, weil er mehr Zukunftssicherheit verspricht als ein befristeter Vertrag. Aber es trifft auch zu, dass eine Beschäftigung auf Zeit besser ist als keine Beschäftigung. Im Übrigen ist bei einer weiteren Lockerung des Kündigungsschutzes ohnehin zu erwarten, dass von dem befristeten Arbeitsvertrag nur mäßig Gebrauch gemacht werden wird; das

**Befristete
Arbeitsverträge
verlieren an
Bedeutung**

**Auf positive
Beschäfti-
gungswirkun-
gen vertrauen**

zeigen Erfahrungen anderer Länder (z. B. Spanien¹²). Diese Vertragskonstruktion wird dann nämlich weniger als Notbehelf gesucht, um den Kostenrisiken eines zu stringenten Kündigungsschutzes auszuweichen, sondern sie wird als eine zusätzliche Wahlmöglichkeit bei gleichgerichtetem Interesse der beiden Vertragsparteien angesehen.

57. Vorschläge über eine Flexibilisierung des Kündigungsschutzes stoßen bei den Arbeitsplatzbesitzern auf wenig Gegenliebe. Das haben die Diskussionen über das Reformgesetz der Bundesregierung gezeigt. Gegen weiter gehende Schritte, wie hier zur Diskussion gestellt, muss erneut mit Widerstand gerechnet werden. Namentlich die Gewerkschaften stehen auf dem Standpunkt, dass der gesetzliche Kündigungsschutz eine notwendige Voraussetzung dafür sei, dass Arbeitnehmer opportunistische Personalentscheidungen ihres Arbeitgebers nicht befürchten müssen, bei denen sie ihre Beschäftigung als wirtschaftliche Existenzgrundlage verlieren. Diese Befürchtungen wäre zumindest teilweise berechtigt, wenn der Kündigungsschutz auch für laufenden Verträge unmittelbar verringert würde. Das ist aber nicht der Fall. Dann entstehen keine Nachteile für die Arbeitnehmer, weil die Arbeitgeber bei jedem Neuvertrag die jeweils geltenden Kündigungsschutzbestimmungen als einen Bestandteil des jeweiligen Vertrages ansehen und entscheiden können, ob überhaupt und zu welchen weiteren Bedingungen sie den Vertrag abschließen.

58. Die verbreitete Forderung, einen hieb- und stichfesten Beweis dafür zu liefern, dass die Lockerung des Kündigungsschutzes mehr Beschäftigung bringt, ist nicht wirklich zu erfüllen. Auch bei Verwendung noch so ausgefeilter ökonomischer Modelle kann man in empirischen Simulations- und

12 Vgl. Dolado, J.-J., C. García Serrano u. J.F. Jimeno (2002): „Drawing Lessons from the Boom of Temporary Jobs in Spain“, *Economic Journal*, Vol. 112, No. 480, S. F270-295. – A. Benito u. I. Hernando (2003): „Labour Demand, Flexible Contracts and Financial Factors: New Evidence from Spain“, Banco de España, Documento de Trabajo núm. 0312, Madrid.

Wirkungsanalysen nur die Daten und Verhaltensweisen abbilden, die die Vergangenheit widerspiegeln, also den Arbeitsmarkt mit dem gesetzlichen Kündigungsschutz und dem, was die Rechtsprechung daraus gemacht hat. Die weitere Flexibilisierung des Kündigungsschutzes zielt aber gerade darauf, die Verhaltensweisen und Handlungen zu verändern. Insbesondere geht es darum, bei den Unternehmen Anreize zu schaffen, damit mehr Arbeit nachgefragt wird. Und solche Anreize gibt es, wenn die Marktaustrittskosten sinken und die Anpassung der Beschäftigung an die betrieblichen Erfordernisse leichter wird. Es gehört nämlich zu den segensreichen Besonderheiten einer marktwirtschaftlichen Ordnung, dass Entscheidungen – hier: das Einstellen von Personal –, welche sich lohnen, weil sie einen Ertrag versprechen, auch getroffen werden. Wir behaupten nicht, dass allein dank einer weiter gehenden Nutzung des Flexibilisierungspotentials von Arbeitsverträgen das Problem der hohen Dauerarbeitslosigkeit in Deutschland gelöst werden könnte. Zu viele Ursachen sind hier im Spiel, auch zu viele andere kostentreibende Arbeitsmarktregulierungen, als dass eine Einzelmaßnahme für die Remedur ausreichend sein könnte. Aber als gering veranschlagen darf man deren Wirkung nicht. Und wahrscheinlich kommt der Arbeitsmarkt nie ins Gleichgewicht, wenn am Status quo festgehalten wird und die Arbeitnehmer geschützt werden, die einen Arbeitsplatz haben, ohne daran zu denken, dass eine immer größere Anzahl der vermeintlich zu Schützenden zunächst einmal Arbeitsplätze bekommen muss.

Zusammenfassung

Der *gesetzliche Kündigungsschutz* gehört zu den am häufigsten angeprangerten Inflexibilitäten. Gesetzlicher Kündigungsschutz – das ist ein Hauptpunkt der Kritik – verringert die für das Florieren der Wirtschaft notwendige Anpassungsfähigkeit der Unternehmen und erschwert den Marktzutritt für Arbeitsuchende. Das Problem ist nicht, dass das deutsche Kündigungsschutzgesetz ein Unternehmen dauerhaft daran hindert, Beschäftigungsverhältnisse zu beenden oder zu ändern, wenn dringende betriebliche Erfordernisse dies nahe legen oder wenn sachliche Gründe, die in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, dies unvermeidbar machen. Das Problem ist vielmehr, dass selbst bei Vorliegen der im Gesetz genannten rechtfertigenden Gründe eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung vor Gericht erst einmal angefochten werden kann oder nur bei Zahlung einer Abfindung rechtsbeständig wird. Viele Unternehmen nehmen den allgemeinen Kündigungsschutz, wie er heute praktiziert wird, als eine Arbeitsmarktregelung wahr, die erhebliche personalwirtschaftliche Unsicherheit schafft und viel Zeit und Geld kostet. Diese Risiken und Kosten veranlassen die Arbeitgeber zu einem restriktiven Einstellungsverhalten. Ein Teil der Produktionschancen wird nicht wahrgenommen. Für die Arbeitnehmer wird es schwerer, einen Arbeitsplatz zu finden.

Die Bundesregierung hat mit dem zu Beginn des Jahres 2004 in Kraft getretenen Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt erste, zaghafte Anläufe zur Flexibilisierung des Kündigungsschutzes unternommen. Diese Bemühungen sollen hier nicht klein geschrieben werden. Gleichwohl ist der Kündigungsschutz grundlegender zu modifizieren, als dies jetzt geschehen ist. Der Kündigungsschutz muss flexibel gehandhabt werden können, damit auf dem Arbeitsmarkt die für die Wirtschaftsdynamik erforderliche Beweglichkeit nicht leidet. Die Interessen der Arbeitnehmer an einem sicheren Arbeitsplatz und an einem hohen Lohn einerseits und die Effizienz- und Flexibilitätserfordernisse der Unternehmen andererseits müssen neu austariert

werden. Nur dann wird auch gewährleistet, dass das Interesse der Arbeitsuchenden an verbesserten Einstellungschancen die gebotene Berücksichtigung findet. Als gelungen kann eine Reform dann – und nur dann – bezeichnet werden, wenn am Ende der gesetzliche Kündigungsschutz dem Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht im Wege steht.

Im Prinzip muss es dem Markt überlassen bleiben, über einzelvertragliche Regelungen den Kündigungsschutz so zu gestalten, dass die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Einklang gebracht werden. Grundsätzlich kommen dazu zwei marktorientierte Reformstrategien in Betracht:

- eine radikale, bei der der gesetzliche Kündigungsschutz in einem Zug aufgehoben und durch private Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgelöst wird und im Übrigen nur das Verbot der Willkür bei Entlassungen unangetastet bleibt;
- eine graduelle, bei der für die bestehenden Arbeitsverträge der gesetzliche Kündigungsschutz fortbesteht, bei den neu abzuschließenden Beschäftigungsverhältnissen indes Arbeitgeber und Arbeitnehmer im beiderseitigen Einvernehmen vom gesetzlichen Kündigungsschutz abweichen können.

Der Kronberger Kreis wirbt aus pragmatischen Gründen für die zweite Strategie. Sie stärkt, wie die erste, die individuelle Vertragsfreiheit und macht den Markteintritt und Marktaustritt offener, wenn auch mit verzögerter Breitenwirkung, bis es nur noch neue Arbeitsverträge gibt. Für beide Strategien gilt: Die Kündigung ist ein wichtiges Allokationsinstrument am Arbeitsmarkt.

Das Interesse des Arbeitgebers besteht darin, auf konjunkturbedingte Veränderungen der Marktlage oder auf den Strukturwandel flexibel reagieren zu können. Dazu braucht er Möglichkeiten zur Anpassung seiner Belegschaft – auch zu Entlassungen, wenn die Produktion zurückgefahren werden muss, sowie

zu Neueinstellungen, wenn der Absatz ausgeweitet und in neue Märkte vorgedrungen werden kann. Das Interesse des Arbeitnehmers besteht darin, einen Arbeitsplatz zu finden und zu halten. Es gibt keinen ökonomisch vernünftigen Grund, Arbeitgeber und Arbeitnehmer daran zu hindern, freiwillig Kündigungsfristen auszuhandeln, die sich für beide Seiten lohnen und ihren Bedürfnissen und Präferenzen entsprechen. Das können kürzere oder längere Kündigungsfristen sein, mit und ohne Abfindungen, auch in Kombination mit einem Lohnzuschlag oder Lohnabschlag. Die freiwillige individuelle Regelung wäre eine radikale Abkehr vom bestehenden System. Aber es bliebe bei dem Gebot der Nichtdiskriminierung.

Ein solches System wird sich nicht auf einen Schlag einführen lassen. Alte Arbeitsverträge sind unter den geltenden gesetzlichen Kündigungsschutzregelungen abgeschlossen worden. In bestehende Verträge sollte man nicht eingreifen. Bei Neueinstellungen indes kann man die Flexibilisierung des Kündigungsschutzrechts in die Wege leiten, indem der Kündigungsschutz auf individueller Basis abdingbar gemacht wird. Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren die Modalitäten im beiderseitigen Einvernehmen nach Ablauf der Probezeit. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so gilt der gesetzliche Kündigungsschutz. Für eine Vereinbarung bieten sich drei Möglichkeiten an:

1. Der Arbeitnehmer kann eine Abfindung mit dem Arbeitgeber vereinbaren und im Gegenzug auf den Kündigungsschutz jenseits einer Mindestfrist verzichten.
2. Der Arbeitnehmer kann auf den gesetzlichen Kündigungsschutz verzichten und einen höheren Lohn als den sonst gezahlten vereinbaren. Der Arbeitnehmer wäre von Beginn des Vertragsverhältnisses an für den freiwilligen Verzicht auf das Schutzrecht kompensiert, während die Abfindungsvereinbarung erst greift, wenn der Kündigungsfall eintritt.

3. Arbeitsuchende, die unter den bestehenden tariflichen und gesetzlichen Bedingungen keine Beschäftigung finden, können sowohl auf den Kündigungsschutz als auch auf kompensierende Lohnzuschläge verzichten. Diese Personen werden für den Arbeitgeber attraktiver und verbessern ihre Einstellungschancen.

Das jüngste Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt hat eine im internationalen Vergleich einzigartige arbeitsrechtliche Schutz-einrichtung – die *Sozialplanregelung* – unangetastet gelassen, obwohl seit Jahren Streit über deren Rationalität besteht. Die ökonomische Begründung der Sozialplanpflicht stellt darauf ab, dass bei Massenentlassungen gesamtwirtschaftlich negative Folgen auftreten können und deshalb das Unternehmen, das eine solche Maßnahme plant, angehalten werden soll, im Voraus das Für und Wider für sich selbst und die Volkswirtschaft sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

Für den Sozialplan gilt hinsichtlich der Arbeitsmarkteffekte im Prinzip das Gleiche wie für den gesetzlichen Kündigungsschutz: Er wirkt als Marktzutrittschranke für Arbeitsuchende. Bei einer überzogenen Auslegung dessen, was durch den Sozialplan abgedeckt werden soll, muss dies allemal bedacht werden. Die Rechtsprechung tendiert dazu, die Sozialplanpflicht extensiv zu interpretieren. Ob die intendierten positiven Wirkungen eintreten, ist aber fragwürdig. Deshalb sollten auch die Sozialplanregelungen revidiert werden.

Eine Reform sollte die folgenden Elemente enthalten:

1. Bei der Festlegung von Entschädigungsleistungen werden nur die Mobilitätskosten berücksichtigt, die den entlassenen Arbeitnehmern entstehen, um eine Anschlussbeschäftigung anzutreten. Zugrunde gelegt werden pauschalierte Mobilitätskosten, nicht die tatsächlichen, die ohnehin schwer feststellbar sind und außerdem vom Arbeitnehmer aufgebläht werden könnten. Ein finanzieller Ausgleich für etwaige Einkommenseinbußen wird nicht gewährt.

2. Für die Aufstellung eines Sozialplans wird ein möglichst knapper Zeitraum festgelegt. Innerhalb von zwei Wochen sollte es in Verhandlungen mit dem Betriebsrat möglich sein, zu einer Entscheidung über die finanziellen Leistungen zu gelangen.
3. Wenn bei Massenentlassungen auch Arbeitnehmern gekündigt wird, die auf individueller Basis den Kündigungsschutz für sich abbedungen hatten, ist für diesen Personenkreis die ausgehandelte Sozialplanleistung entsprechend zu verringern. Je nach gewählter Abdingbarkeits-Option wird entweder die vereinbarte finanzielle Abfindung oder die Summe aus den Lohnzuschlägen angerechnet.

Die Flexibilisierung des Kündigungsschutzes zielt darauf, bei den Unternehmen Anreize zu schaffen, mehr Arbeit nachzufragen. Und solche Anreize gibt es, wenn die Marktaustrittskosten sinken und die Anpassung der Beschäftigung an die betrieblichen Erfordernisse leichter wird. Es gehört nämlich zu den segensreichen Besonderheiten einer marktwirtschaftlichen Ordnung, dass Entscheidungen – hier: das Einstellen von Personal –, welche sich lohnen, weil sie einen Ertrag versprechen, auch getroffen werden. Wir behaupten nicht, dass allein dank einer weiter gehenden Nutzung des Flexibilisierungspotentials von Arbeitsverträgen das Problem der hohen Dauerarbeitslosigkeit in Deutschland gelöst werden könnte. Zu viele Ursachen sind hier im Spiel, auch zu viele andere kostentreibende Arbeitsmarktregulierungen, als dass eine Einzelmaßnahme für die Remedur ausreichend sein könnte. Aber als gering veranschlagen darf man deren Wirkung nicht. Und wahrscheinlich kommt der Arbeitsmarkt nie ins Gleichgewicht, wenn am Status quo festgehalten wird und die Arbeitnehmer geschützt werden, die einen Arbeitsplatz haben, ohne daran zu denken, dass eine immer größere Anzahl der vermeintlich zu Schützenden zunächst einmal Arbeitsplätze bekommen muss.