

§ 3 Volker Rieble* : Folgenabschätzung im Arbeitsrecht

Rn.



A. Folgenabschätzung als Gebot	1
I. Drei Beispiele	2
II. Steuerung und (Fehl-) Anreiz	3
III. Drei Stufen der Folgenabschätzung	9
B. Ökonomisierung des Arbeitsrechts?	17
C. Wirkungsdimensionen im Arbeitsrecht	24
I. Unmittelbare Normfolgen	25
II. Anreizwirkung und Bumerangeffekt	26
III. Schutzkonzept und Mitnahmeeffekte	37
IV. Gesamtwirtschaftliche und gesamtgesellschaftliche Folgen?	41
1. Arbeitslosigkeit	41
2. Überregulierung und Lähmungseffekte	46
V. Schutzkosten und Komplexitätskosten	49
VI. Verteilungsfolgen	55
VII. Meta-Ebene: Regel-Akzeptanz und Regel-Transparenz	58
VIII. Nur am Rande: Pflichterfüllung durch Arbeitnehmer	65
D. Rechtspflicht zur Folgenberücksichtigung?	66
E. Fazit	76

* Professor Dr. Volker Rieble, Ludwig-Maximilians-Universität München.

A. Folgenabschätzung als Gebot

- 1 Von der grundsätzlichen Erforderlichkeit verantwortungsvoller und deswegen folgen- und wirkungsbewußter Regelsetzung will ich ausgehen. Ein eher belangloses Beispiel aus meiner Heimatgemeinde mag das illustrieren: Zur Müllvermeidung sollen dort Müllgebühren gewichtsabhängig ausgestaltet werden. Mit Blick auf die Kompostierung könnte Biomüll billiger sein als Restmüll. Dann aber würfen Bürger Restmüll in die Biotonne – weswegen zur Vermeidung dieses Fehlanreizes für alle Müllarten derselbe Preis verlangt wird. Das scheint vernünftig. Solche Vernunft ist in der Regelsetzung nicht die Regel. In der Tat kann man spöttisch sagen, daß in Deutschland die Folgewirkungen eines Bauvorhabens auf eine Feldhamsterpopulation im Planfeststellungsverfahren intensiver geprüft werden als die Folgewirkungen von Gesetzesvorhaben auf die Gesellschaft. Immerhin etabliert sich die Rechtsethologie als Fach – freilich langsam und zurückhaltend.¹

I. Drei Beispiele

- 2 Auf der anderen Seite ist Folgenabschätzung vielfach eine Frage zuerst des gesunden Menschenverstandes und wird vom BAG auch praktiziert – teils bewußt, teils unbewußt.
 - So läßt sich das Richterrecht zur Begrenzung von Bildungsrückzahlungsvereinbarungen² auch als Akt der Folgenabschätzung begreifen: Sie berücksichtigt das berechtigte Amortisationsinteresse des Arbeitgebers zumindest auch deswegen, damit der Arbeitgeber weiterhin Arbeitnehmerbildung vorfinanziert – und damit im wohlverstandenen Arbeitnehmerinteresse handelt. Ob dabei stets das richtige Maß getroffen wird, ist eine andere Frage. Für Fluggesellschaften mit ihrer sehr teuren Pilotenerstausbildung hat sich inzwischen ein anderes Geschäftsmodell etabliert: Der Eigenanteil des Piloten (40.000 von ca. 200.000 €) wird von diesem über ein günstiges Darlehen selbst getragen und muß über acht bis zehn Jahre getilgt werden – unabhängig davon, ob der Pilot aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet oder nicht. Das ist auch eine Folge von Richterrechtsetzung. Über die Bewertung dieser Folge ist damit nichts gesagt – und damit erst recht nichts über die Bewertung des Richterrechts.
 - Ein anderes Beispiel aus der Rechtsprechung: Die Enthftung des Betriebserwerbers in der Insolvenz hat das BAG bereits 1980 damit begründet, daß der Übergang der Altschulden sich über die Vertragsverhandlungen auf den Kaufpreis auswirkte – weswegen die Arbeitnehmer zu Lasten der übrigen

1 Monographisch etwa von *Rohr*, *Evolutionsbiologische Grundlagen des Rechts* (2001); *Böhret/Konzendorf*, *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA)* (2001); historisch *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst* (2006).

2 Dazu *I. Schmidt*, *Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung*, *NZA* 2004, 1002 ff.

Gläubiger bevorzugt würden.³ Anfügen ließe sich, daß diese Enthftung Sanierungschancen fördert und dem Arbeitsplatzerhalt dient.

- Ein letztes Einstiegsbeispiel für Folgenabschätzung aus der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung: Daß Kündigungsschutz womöglich Neueinstellungen behindert, weil der Arbeitgeber glaubt, die Investitionsentscheidung für ein ganzes Arbeitsleben zu treffen, hat den Gesetzgeber in den Beschäftigungsförderungsgesetzen 1985 (Befristung als Ventil des Kündigungsschutzes) und 1996 (Einengung des Geltungsbereichs zugunsten von Kleinunternehmen) nebst Korrektur und Rückfall angetrieben.⁴ Nicht bedacht hat man dabei, daß das ständige Hin und Her die Adressaten dergestalt verunsichern kann, daß ihnen die Vertrauensbasis für das gewünschte Einstellungsverhalten fehlt.⁵

II. Steuerung und (Fehl-) Anreiz

Jede Norm will Verhalten steuern – durch den unmittelbaren Normbefehl.⁶ Nicht jede Norm erreicht ihr Ziel. Normen wirken anders auf das Verhalten der Normadressaten und Dritter ein, als das vom Normgeber gewollt ist. Dem muß der Regelsetzer nachgehen – im Eigeninteresse am „effektiven“ Vollzug seines Normbefehls und im Interesse der von einer Norm Begünstigten oder Geschützten (im Arbeitsrecht also der Arbeitnehmer), die durch eine Fehlsteuerung belastet werden können.⁷

Das muß im Grundsatz **für jeden „Regelsetzer“** gelten, weil die Folgenabschätzung an die Regel anknüpft und nicht an deren rechtliche Qualität. Auch soziale Normen ohne Rechtsverbindlichkeit lösen Verhalten aus. Deswegen kommt es nicht auf die Frage an, welche Qualität eine Norm hat – insbesondere spielt die Frage nach der Existenz und Qualität von Richterrecht keine Rolle. Richterrecht löst ebenso Folgen aus wie ein arbeitsrechtlicher Kollektivvertrag, ja selbst ein „normaler“ Schuldvertrag – insoweit dürfen wir auf die Rechtsquellenlehre von *Adomeit* zurückgreifen.⁸

Die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsprechung bleibt in einem Punkte bedeutsam: Das Folgenabschätzungsgebot bezieht sich auf die richterrechtliche Rechtsetzung – und deren abstrakt-generelle Folgen. Einzelfallfolgen des singulären Rechtsprechungsaktes sind nicht gemeint – das wäre eine Einladung zur Kadi-Justiz.

3 BAG vom 17.1.1980 – 3 AZR 160/79 – EZA § 613a BGB Nr. 24 = AP Nr. 18 zu § 613a BGB = NJW 1980, 1124 und BAG vom 13.11.1986 – 2 AZR 771/85 – EZA § 613a BGB Nr. 55 = AP Nr. 57 zu § 613a BGB = NZA 1987, 458.

4 Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26.4.1985, BGBl I, S. 710; Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996, BGBl I, S. 1476; Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten vom 19.12.1998, BGBl I, S. 3843; schließlich Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl I, S. 2003.

5 Auch *Klump*, Mehr Transparenz! Notwendigkeit, Probleme und Wege der Deregulierung des Arbeitsrechts, in: Rieble (Hg.), Transparenz und Reform im Arbeitsrecht (2006), S. 9, 14.

6 *Ott/Schäfer*, Die Anreiz- und Abschreckungsfunktion im Zivilrecht, in: dies. (Hg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999), S. 131.

7 Für eine Überprüfungspflicht des Gesetzgebers über die Gesetzesfolgen BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – BVerfGE 50, 290 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = EZA § 7 MitbestG Nr. 1.

8 *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (1969).

- 6 Folgenabschätzung heißt zunächst nur, daß der Normsetzer im Rahmen seiner Regelungskompetenz verantwortungsvoll handeln muß. *Quidquid agis, prudenter agas et respice finem*. Über die Kompetenz als solche ist damit nichts gesagt. Insbesondere wird mit der Folgenabschätzung nicht der alte Streit um den Richter als Sozialingenieur wiederbelebt. Folgenabschätzung ist „nur“ eine Methode zur Kompetenzerfüllung.
- 7 Belastende Normen erzeugen beim Adressaten Nachteile – denen er ausweichen will. Begünstigende Normen erzeugen Vorteile, die auch derjenige mitnehmen will, für den sie nicht gedacht sind – denkt man nur an Subventionen. Die Rechtsordnung versucht „nachzusteuern“: Auf Ausweichverhalten „nahe an der Norm“ zielen Umgehungsverbote. Mitnahmeverhalten läßt sich nur durch Einengung des Begünstigungstatbestandes erschweren, auch im Wege teleologischer Restriktion. Der Normsetzer ist – insbesondere im Steuerrecht – gut beraten, wenn er vor Normerlaß über die Ausweichmöglichkeiten der Normadressaten nachdenkt.
- 8 Insofern und vor allem geht es also um erwünschte oder unerwünschte **Verhaltensanreize**, die die Norm setzt – und für die der Normsetzer verantwortlich ist. Von einer Norm ausgelöstes Verhalten kann – wenn es gleichförmig erfolgt – **Marktergebnisse** auslösen. Das dürfte für viele die Kernfrage einer Arbeitsrechtsfolgenabschätzung sein: Löst Arbeitsrecht je mehr Arbeitslosigkeit aus, je intensiver es die Arbeitnehmer schützt? Wie wirkt sich Arbeitsrecht auf das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber aus – genauer: werden Investitions- und Standortentscheidungen vom Arbeitsrecht und seinen Lasten bestimmt?⁹

III. Drei Stufen der Folgenabschätzung

- 9 Insofern ist die Folgenabschätzung zuallererst **ein außerrechtliches Problem**: Wer kann mit hinreichender Sicherheit sagen, welche Verhaltensanreize und welche Folgen Rechtsetzung auslöst? Welche Methoden sind hierfür anzuwenden? Und woher soll der Regelsetzer die entsprechende Kenntnis erlangen? Die letzte Frage ist besonders wichtig für das Richterrecht: Gerichte haben keinen Gesetzgebungsapparat – sie können keine Sachverständigen beauftragen und tun sich entsprechend schwer mit der Gewinnung von Rechtsfortbildungstatsachen¹⁰ – zumal, wenn es um rechtsethologische Fragen geht.
- 10 An diese **außerrechtliche erste Stufe der Folgenabschätzung** – also Erhebung der Folgen aktuell geltenden Rechts und Prognose der hypothetischen Folgen solcher Normen, deren Setzung erwogen wird in ihrer Empirie und der Kausalität – folgen **zwei weitere, nun aber typisch juristische Stufen**: Zuerst die **Bewertung dieser Folgen als erwünscht oder unerwünscht mit Hilfe der unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Wertentscheidungen**. Diese Bewertung wird besonders schwierig, wenn verschiedene Normwirkungen zu konstatieren sind, die zu ei-

9 Wallerath, Arbeitsmarkt, HandbuchStR, 3. Aufl. (2006), § 94, Rn. 18.

10 Etwa G. Schneider, Die Heranziehung und prozeßrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte (1993); Danner, Justizielle Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige im Zivilprozeß (2001); Sander, Normtatsachen im Zivilprozeß (1998).

ner Gesamtbewertung führen sollen. *Karpen* beschreibt diesen Prozeß mit insgesamt sieben Stufen (oben § 1 Rn. 55 ff.); ich erlaube mir also einen Grobschnitt.

Am Beispiel: Sonderrechte für bestimmte Arbeitnehmergruppen, etwa Ältere oder Schwerbehinderte, können denjenigen, die Arbeit haben, entsprechende Vergünstigungen zuwenden. Zugleich wird aber ein Anreiz gesetzt, solche Personen nicht einzustellen – also werden diejenigen belastet, die der Gruppe angehören und keine Arbeit haben – ein Sonderfall des *Insider-Outsider-Effektes*, der insbesondere beim Kündigungsschutz zu diskutieren ist.¹¹ **11**

Unkündbarkeit für ältere Arbeitnehmer, ebenso Senioritätsentlohnung und Verdienstsicherung lösen einen massiven ökonomischen Anreiz aus, Ältere nicht einzustellen oder möglichst früh wieder loszuwerden. Daß sich Altersteilzeit als eine Form der Frühverrentung für die Arbeitgeber so lohnend darstellte, liegt auch an solchen Sonderlasten. Das Marktergebnis ist bekannt: Mehr als ein Viertel aller Arbeitslosen ist 50 Jahre oder älter.¹² Schlimmer noch fällt die **Erwerbstätigenquote** ab: Während fast 80 % aller Erwerbssuchenden von 25 bis 54 Jahren eine Arbeit finden, sind es bei den 55- bis 64-jährigen unter 40 %. Dramatisch fällt auch der Vergleich zu anderen EU-Staaten aus; schlimmer als in Deutschland ist es immerhin in Frankreich.¹³ **12**

Die Kausalität läßt sich nicht eindeutig ermitteln – neben Rechtslasten wirken gewiß geringere Leistungsfähigkeit, höhere Krankenstände und Vorurteile gegen Ältere mit. Auch können Ältere Lohnersatzleistungen der Bundesagentur zum Anlaß für frühes Ausscheiden nehmen.¹⁴ **13**

Wie die Folgenabschätzung unmittelbare Schutzvorteile einer Regelung ins rechte Verhältnis setzen soll zu den mittelbar ausgelösten Nachteilen, ist ungeklärt. Im Kern handelt es sich um inkommensurable Größen.¹⁵ **14**

Als **letzte Stufe** folgt die Ausübung des Regelungsermessens – sei es des Gesetzgebers, sei es des Gerichts, sei es der Tarifparteien. Insofern geht es um stets dasselbe Dilemma: Will ich die unerwünschte Folgewirkung normativ angehen – indem ich die zugrunde liegende Regelung verschärfe und ausweite – oder trage ich der faktischen Wirkung als Normsetzer dadurch Rechnung, indem ich die verursachende Norm zurücknehme? **15**

11 *Eekhoff*, Beschäftigung und soziale Sicherung, 3. Aufl. (2002), S. 11; *Kleinhenz*, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit? Gutachten B zum 63. Deutschen Juristentag 2000, S. B 59; bereits *Zöllner*, Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten D für den 52. Deutschen Juristentag 1978, S. D 113.

12 Der Anteil der Arbeitslosen über 50 Jahre lag im Dezember 2006 bei 26,6 %; 13,0 % waren älter als 55 Jahre, Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit 1/2007, S. 29.

13 IAB-Kurzbericht 16/2005, S. 1 ff. Weitergehend *Koller/Bach/Brix*, Ältere ab 55 Jahren – Erwerbstätigkeit, Arbeitslosigkeit und Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit, IAB-Werkstattbericht Nr. 5/2003.

14 Auch dazu IAB-Kurzbericht 16/2005, S. 1 ff.

15 *Franz*, Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht, ZfA 1994, 439, 454.

- 16** Für Tarifparteien als Rechtsetzer ist Folgenabschätzung systemimmanent deutlich schwieriger: Gegenseitige Interessen und vertragliches Regelungsverfahren implizieren, daß beide Seiten Folgenermittlung, Folgenbewertung und Rückschluß auf das Regelungsermessen getrennt vornehmen. Erst im Verhandlungsverfahren kann die Folgenabschätzung eher ungeordnet als Element der jeweiligen Verhandlungsposition in die Tarifverhandlungen einfließen. Ob und inwieweit Tarifparteien zu gemeinsamer Folgenabschätzung in der Lage sind, etwa wenn Tarifbedingungen Folgen auslösen, die für beide Seiten nachteilig sind, bleibt zu fragen.

B. Ökonomisierung des Arbeitsrechts?

Mißvergnügen bereitet manchen die Methode: Folgenabschätzung ist ein bislang **17** überwiegend von Ökonomen betriebenes Geschäft – unter dem Stichwort „ökonomische Analyse des Rechts“ – oder auch Gesetzes-„Controlling“. ¹⁶ Ihr Leitbild ist der ökonomisch denkende und handelnde Mensch, der *homo oeconomicus*. Die Gefahr liegt auf der Hand: eine Verengung der Sichtweise auf wirtschaftliche Betrachtung, die außerwirtschaftliche Ziele vernachlässigt. ¹⁷

Regelungsfolgenabschätzung darf in der Tat nicht verengt auf wirtschaftliche Folgen **18** stattfinden. Aber das ist auch nicht Anspruch der ökonomischen Analyse. Sie ist zuerst Methode und hat keinen normativen Gehalt. Effizienz ist kein verpflichtendes allgemeines Rechtsprinzip. ¹⁸ Auf der anderen Seite aber kann Ineffizienz – etwa eines arbeitsrechtlichen Schutzkonzeptes – Regeln rechtlich in Frage stellen. Doch geschieht auch dies nicht über ein Effizienzgebot, sondern über das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ineffiziente oder kontraproduktive Normwirkungen stellen – bei belastenden Normen – die Geeignetheit und die Proportionalität in Frage.

Norm-Effizienz im Sinne von Regelungs-Wirksamkeit ist dagegen durchaus ein Gebot **19** – für den Gesetzgeber wie für den Richter oder die Tarifparteien. Zuerst handelt es sich dabei um eine Obliegenheit, die der Normsetzer schon deswegen im Eigeninteresse beachten muß, weil er ansonsten nicht mehr ernst genommen wird.

Die Frage, welche Anreizwirkungen von Regeln ausgehen, hat ökonomische, **20** psychologische und sozialphilosophische Aspekte. Es geht um Verhaltensforschung, die die Juristen womöglich vernachlässigt und der sich die Ökonomen „bemächtigt“ haben. Ökonomen sind durchaus in der Lage, andere als unmittelbar ökonomische Verhaltensanreize einzubeziehen – wie vor allem der „*rational-choice*-Ansatz“ zeigt, der menschliches Verhalten auf seine Zweckrationalität hin untersucht. Verhaltenszweck muß nicht stets ein unmittelbar geldwertes Ziel sein, wie die Studien von *Gary Becker* zeigen. ¹⁹ Auch die betriebswirtschaftlichen und organisationspsychologischen Erwägungen zur beschränkten Wirkung äußerer (extrinsischer) (Geld-) Anreize und zur Überlegenheit innerer (intrinsischer) Anreize zeigen, daß von einer „Ökonomisierung“ nicht die Rede sein kann. ²⁰ Kurz: Ökonomen betreiben Verhaltenswissenschaft – die Juristen haben dieses Feld fälschlicherweise weithin geräumt. ²¹

Ein Beispiel: In Kinderhorten halten sich Eltern vielfach nicht an Abholzeiten – zu **21** Lasten der Mitarbeiter. In Israel hat man in einem Experiment eine moderate Strafgeldgebühr für jede mehr als zehnminütige Abholverspätung eingeführt, um die Eltern zu Pünktlichkeit zu erziehen. Das Ergebnis war verblüffend: Der Anteil zuspät-

16 Etwa *Brocker*, Gesetzesfolgenabschätzung – ein Überblick, DRiZ 2002, 462, 466.

17 Dazu *G. Becker*, Irrationales Verhalten und ökonomische Theorie, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl. (1993), S. 16.

18 Eingehend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. (2005).

19 *Becker*, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens (1993); *ders.*, Die Ökonomik des Alltags (1996); *ders.*, Economics of Discrimination, 2. Aufl. (1971).

20 Etwa *Frey/Osterloh* (Hg.), Managing Motivation, 2. Aufl. (2002).

21 Zentrale Ausnahme *Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 ff.

kommender Eltern hatte sich deutlich erhöht. Die Deutung der Ökonomen überzeugt: Die Strafzahlung hatte keinen Steuerungseffekt, weil die Eltern die Strafe als Preis begriffen haben, der sie dazu einlud, ihre Kinder nach Laune spät abzuholen, weil sie dafür bezahlten. Die soziale Steuerung – durch die soziale Wertung des Zuspätkommens der Eltern als unanständig (der Ökonom spricht vom impliziten Kontrakt) – wurde ausgeschaltet und stattdessen ein schlechter wirkender Marktmechanismus eingeführt.²² Daß Strafen als Preis verstanden werden, ist uns aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht des Straßenverkehrs bekannt.

- 22** Das Modell des *homo oeconomicus* weist anerkanntermaßen Unzulänglichkeiten auf und steht in der Kritik – übrigens auch und gerade der Ökonomen als Verhaltenswissenschaftler.²³ Der Mensch ist kein vollkommen rational und eigennützig handelndes Wesen – hierzu fehlt ihm zuerst die vollständige Information, aber auch das durchweg rationale Kalkül. Auf der anderen Seite ist der Mensch durchaus ein Nutzenoptimierer – der Arbeitnehmer nicht anders als der Arbeitgeber. Grundmodell für die Folgenabschätzung darf der *homo oeconomicus* also auch für das Arbeitsrecht sein, wenn man sich seiner Schwächen bewußt ist.
- 23** Die eigentliche Kritik an ökonomischem Geltungswillen setzt an späterer Stelle ein: Über Verhaltensanreize als Folgen von Normen kann man sich verständigen. Die konkrete psychische Kausalität für das Verhalten auch nur einer Einzelperson, die verschiedenen Anreizen ausgesetzt ist, läßt sich nicht ermitteln. Deshalb sind Aussagen, wonach bestimmte Rechtsregeln bestimmte Marktergebnisse in einem möglichst exakten Umfange verursachen – etwa der Kündigungsschutz einen Prozentsatz Arbeitslosigkeit – recht vorsichtig zu genießen. Selbst die Aussage des IAB, ein Prozentpunkt Lohnnebenkosten stehe für 100.000 Arbeitsplätze oder Arbeitslose,²⁴ steht eben unter dem berüchtigten „*ceteris paribus*“-Vorbehalt, der nicht einzulösen ist.

22 Gneezy/Rustichini, A Fine is a Price, Journal of Legal Studies XXIX (2000), S. 1 ff.

23 Näher Eidenmüller (Fn. 21), 216 ff. Dazu auch Gutzeit, Ökonomisierung des Rechtsdenkens, Münchener Habilitationsschrift (2006), erscheint demnächst.

24 Vgl.: Die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge, IAB-Werkstattbericht Nr. 7/1997; weiter der IAB-Werkstattbericht Nr. 15/2003, Ein Freibetrag bei den Sozialabgaben könnte mehr Beschäftigung schaffen (<http://doku.iab.de/kurzber/2003/kb1503.pdf>, abgerufen am 22.9.2006) für die Auswirkungen einer Beitragsentlastung bei geringfügig Beschäftigten.

C. Wirkungsdimensionen im Arbeitsrecht

Folgenabschätzung zielt auf mittelbare Folgen des Normbefehls, die dieser durch Anreizwirkungen auf das Verhalten der Normadressaten und Dritter auslöst. Insofern lassen sich unterschiedliche Ebenen des Wirkungszusammenhangs unterscheiden – von der Nah- zur Fernwirkung. **24**

I. Unmittelbare Normfolgen

Normen können mit ihrem Schutzkonzept unmittelbar nachteilige Folgen auslösen. **25** Klassiker ist das seinerzeitige **Nachtarbeitsverbot für Frauen** (genauer: Arbeiterinnen), das vom BVerfG zu Recht verworfen worden ist: Dabei hat das BVerfG trotz der Schutzintention für die Frau zu Recht primär die Lastwirkung der Norm im Auge gehabt: „Die Folgen des Nachtarbeitsverbots treffen aber unmittelbar die Arbeiterinnen. Ihnen wird im Gegensatz zu männlichen Arbeitnehmern die Möglichkeit genommen, Nachtarbeit zu verrichten.“²⁵ Diese Benachteiligung der Frauen – also die mit der Schutzwirkung unmittelbar korrespondierende Lastwirkung – verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Ganz ähnlich hat der EuGH für Frauenarbeitsverbote im untertägigen Bergbau sowie bei Arbeiten in Druckluft und bei Taucherarbeiten entschieden.²⁶

II. Anreizwirkung und Bumerangeffekt

Eigentlicher Gegenstand der Folgenabschätzung sind die mittelbaren Folgen, die **26** Normen über ihre Anreizwirkung auf das Verhalten der Normbetroffenen haben. Im Vordergrund steht dabei der Widerwille gegen den Normvollzug.

Der Mensch als *homo oeconomicus* will seinen Nutzen mehren und seine Lasten mindern. Das kann sich der steuernde Staat zunutze machen, etwa mit Lenkungsabgaben – aber auch durch sonstige Anreize zu erwünschtem Verhalten.²⁷ Das läuft dem befehlenden Staat zuwider, wenn der Normadressat dem Normgebot durch eine Änderung des Markt- und Vertragsverhaltens ausweichen kann – sei es als Steuerbürger, der weniger Steuern zahlen möchte, sei es als Wohnraumvermieter, der die Lasten des Sozialschutzes fürchtet, sei es als Bank, die dem armen Schlucker kein Konto gewährt oder schließlich als Arbeitgeber, der ungern junge Frauen, Behinderte oder Krankheitsanfällige oder schlecht Ausgebildete einstellt – und der in seinem Einstellungsverhalten frei ist, weil er „nützlicher“ scheinende Arbeitsangebote findet. Solches Ausweichverhalten findet man vielfach – vom Ausweichen auf freie Mitarbeiter, Zeitarbeiter oder Subunternehmer bis hin zur Standortwahl. **27**

Dieses Ausweichen gegenüber der Lastwirkung von Schutzvorschriften hat der **28** deutsche Ökonom *Stützel* mit dem Begriff **Bumerangeffekt**²⁸ belegt. Inzwischen hat

25 BVerfG vom 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a. – BVerfGE 85, 191, 207 = AP Nr. 2 zu § 19 AZO = NZA 1992, 270.

26 EuGH vom 1.2.2005 – C-203/03 – EuGHE 2005-I, 935 = ZAR 2005, 70 = EuGRZ 2005, 124.

27 Dazu *Homann*, Anreize und Moral (2002).

28 *Stützel*, Soziale Marktwirtschaft, in: Greiffenhagen (Hg.), Kampf um Wörter? Politische Begriffe im Meinungsstreit (1980), S. 460, 467 f.

der Begriff ein weitergehendes Verständnis erfahren – und bezeichnet in der Kommunikation, namentlich im Marketing, die den Absichten des Absenders einer Botschaft zuwiderlaufende Reaktion des Empfängers.²⁹ Der Bumerangeffekt wirkt für den Normgeber kontraproduktiv: Er muß sein Schutzkonzept mit einem anderweitigen Verlust der zu schützenden Personengruppe „bezahlen“ oder anders gewendet: Die schutzwürdigen Personengruppen müssen selbst einen Lastpreis entrichten. Möglich ist der Bumerangeffekt nicht nur, aber vor allem deshalb, weil in unserer Marktwirtschaft Marktfreiheit besteht – und damit die Freiheit zur Ausweichreaktion.

- 29** Wie stark dieser Drang ist, zeigt sich an den Erkundungsbemühungen des Normbelasteten. Das zeigt sich insbesondere am teils irrsinnigen Aufwand, der für Steuervermeidungsstrategien betrieben wird – nicht nur in Unternehmen, selbst Richter und Lehrer sollen in der Vergangenheit ihr häusliches Arbeitszimmer so eingerichtet haben, daß es steueroptimiert absetzbar gewesen ist. Deutliches Anzeichen ist auch das Geschäft der Arbeitsrechtsberater für Unternehmen.
- 30** Für die Regelungsgeber des Arbeitsrechts stellt sich die Frage: Wie soll man auf dieses Ausweichverhalten, auf den Bumerangeffekt reagieren? Soll man den Anreiz beseitigen, indem die auslösende Primärnorm zurückgenommen wird, oder soll man das Ausweichverhalten durch eine eigenständige Sekundärnorm verbieten?
- 31** Die Normumgehung taugt nicht: Ausweichverhalten bewegt sich in aller Regel nicht so nah am Normverbot, als daß die simple Erstreckung der Grundnorm hülfe. Zudem ist das Ausweichen auf erlaubte Verhaltensweisen kein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten, sondern ein Gebrauch. Für schlechtes Recht ist der Normgeber verantwortlich und nicht der Normadressat. Mithin bleibt nur die Sekundärnorm, die aber ihrerseits Ausweichverhalten auslöst – so daß ein Dominoeffekt droht.
- 32** Am Beispiel: Das BAG meint, die Abspaltung von Betriebsteilen sei stets eine Betriebsänderung – auch wenn dieser Teil gemessen am ganzen unwesentlich ist – weil in § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG, anders als in den Nrn. 1 und 2 das Wort wesentlich fehlt.³⁰ Für einen Arbeitgeber heißt das, daß er Interessenausgleich und Sozialplan vermeiden kann, indem er den unwesentlichen Betriebsteil stilllegt statt abspaltet, also Arbeitsplätze abbaut. Das ist ein massiver Anreiz, wie ich selbst aus der Praxis weiß. Für die betroffenen Arbeitnehmer ist diese Unterscheidung schlechthin dysfunktional: Die sie schärfer treffende Maßnahme fällt dem Arbeitgeber leichter.
- 33** Der Anreiz läßt sich auf zwei Wegen beseitigen: Entweder streicht man die Beschränkung des „wesentlich“ auch für die Betriebsänderungen in Nrn. 1 und 2, verschärft also die Interessenausgleichspflicht oder man interpretiert Nr. 3 parallel zu Nrn. 1 und 2. Ersteres kann nur der Gesetzgeber; für zweites kann das BAG immerhin ein Redaktionsversehen im Zuge der Einfügung der Nr. 3 durch das UmwG fruchtbar machen.

29 *Bea/Dichtl/Schweitzer*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 8. Aufl. (2002), S. 279 f.

30 BAG vom 10.12.1996 – 1 ABR 32/96 – EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 35 = AP Nr. 110 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1997, 898.

Hierher gehört auch das leidige Thema Änderungskündigung – die nach wie vor **34** durchaus schwerer fällt als die Beendigungskündigung.³¹ So wie kündigungsrechtlich – trotz gewisser Fortschritte bei der Sozialauswahl – nach wie vor die Stilllegung eines ganzen Betriebes leichter fällt, als der Teilerhalt. Die Insolvenzordnung reagiert gerade hierauf mit den spezifischen Erleichterungen zum Zweck der Sanierung und des Arbeitsplatzerhaltes. Diesen kündigungsrechtlichen Fragen will ich nicht vorgreifen (dazu *Stoffels*, § 4). Das dahinterstehende Problem muß man ernst nehmen. Es ist mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz systemwidrig, einen Anreiz zum Arbeitsplatzabbau zu setzen. Das *ultima ratio*-Prinzip muß als Wertung auf die Folgenabschätzungsebene übertragen werden. Die Rechtsordnung darf keinen Anreiz zum schärferen Eingriff setzen.

Anreizunterbindung betrifft nicht nur die Arbeitgeberseite und ihr einseitiges Ausweichverhalten. Anreizunterbindung und damit Verhinderung von Ausweichverhalten **35** kann gerade auch die Arbeitnehmerseite betreffen. So hat der EuGH gerade erst betont, daß nationale Rechtsordnungen keine Urlaubsabgeltung für nicht genommenen Urlaub vorsehen dürfen, weil das einen mit den Zielen der Richtlinie unvereinbaren Verzichtsanzreiz schüfe.³² Der EuGH betreibt Folgenabschätzung und Anreizbeurteilung und leitet aus dem gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Mindesturlaub einen flankierenden Schutz her – auch weil dort schon ein Abgeltungsverbot enthalten ist.³³ Ob das vernünftig ist, ist mir wiederum zweifelhaft, weil dies die Merkwürdigkeit bekräftigt, daß der Arbeitnehmer während seines Jahresurlaubs bei jedem Arbeitgeber arbeiten darf – nur nicht bei dem, der den Urlaub gewährt. Aber das ist eine Frage des effektiven Paternalismus – und damit eine andere Frage. Folgenabschätzung und Effizienzdenken schließen Paternalismus nicht aus.³⁴

Anreizunterbindung – und damit Schutzverstärkung – scheidet dann aus, wenn das **36** alternative oder Ausweichverhalten nicht verbietbar ist – sei es, daß Freiheitsrechte dagegen stehen, sei es, daß ein Verbot rein tatsächlich nicht durchgesetzt werden kann. Dann zeigt sich eine spezifische Machtlosigkeit des Rechts, ja gerade des Arbeitsrechts: Die Standortflucht ist nicht verbietbar; ein Investitionsgebot nachgerade lachhaft. Hier also bleibt es dann dabei, daß Bumerangeffekte zu Lasten der Geschützten gehen – weswegen *Adomeit* einst die grundlegende Frage nach dem Günstigkeitsprinzip gestellt hat: ob nicht die Überwindung dieses Effektes, also Arbeitsplatzerhalt gegen Tarifdispens eine eigene Günstigkeitskategorie bedeute.³⁵ Diese tarifrechtliche Frage braucht hier nicht entschieden zu werden.³⁶ Die Folgenabschätzung gebietet keine konkrete Entscheidung. Sie ist „nur“ Methode. Folgenab-

31 Dazu jüngst *Bröhl*, Änderungskündigung zwischen Bestandsschutz und Anpassungsdruck, BB 2007, 437; dies verteidigend *Kittner*, Leichter kündigen als änderungskündigen?, NZA 1997, 968.

32 EuGH vom 6.4.2006 – C-124/05 – AP Nr. 3 zu Richtlinie 93/104/EG = NZA 2006, 719 = EuZW 2006, 344.

33 Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG.

34 *Eidenmüller* (Fn. 18), S. 358 ff; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht (1996).

35 *Adomeit*, Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, NJW 1984, 26.

36 Dazu nur *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 4 Rn. 326 ff; *Raab*, Betriebliche Bündnisse für Arbeit – Königsweg aus der Beschäftigungskrise?, ZfA 2004, 371.

schätzung verlangt vom Normgeber lediglich, sich des Preises bewußt zu sein, der für eine bestimmte Regulierung zu zahlen ist.

III. Schutzkonzept und Mitnahmeeffekte

- 37** Aus Platzgründen nur kurz ansprechen will ich die Kehrseite: Mitnahmeeffekte bei Vergünstigungen. Das Arbeitsrecht enthält insbesondere für Arbeitnehmer – aber auch für manche Arbeitgeber, etwa Kleinunternehmen und Tendenzbetriebe – Vergünstigungen.
- 38** Wie bei jeder Subvention führt das zu Mitnahmeeffekten: In erster Stufe dadurch, daß die Norm Personen begünstigt, die den gewährten Vorteil nach dem Normzweck nicht verdienen – vieldiskutiert etwa bei Kombilöhnen. Mitnahmeeffekte zeigen immer Fehlanreize auf. Ein Beispiel ist der mit der „BetrVG-Reform“ 2001 eingeführte Kündigungsschutz für Wahlinitiatoren nach § 15 Abs. 3a KSchG: Er schützt nicht nur diejenigen, deren Primäranliegen die erstmalige Betriebsratswahl ist – er reizt umgekehrt gerade jene Arbeitnehmer zur Wahlinitiative, die zwar mit einem Betriebsrat nichts im Sinn haben, aber berechtigte Sorge vor einer insbesondere verhaltens- oder personenbedingten Kündigung haben müssen.
- 39** Die zweite Ebene der Mitnahmeeffekte betrifft die Fälle, in denen Vergünstigungen mitgenommen werden, indem der Tatbestand gestaltet oder auch betrügerisch manipuliert wird. Die hundertprozentige Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist „gestaltungsanfällig“. Das betrifft nicht nur das klassische Blaumachen, sondern inzwischen auch das Streiken auf Kosten des Arbeitgebers oder gar der Krankenkasse: So haben sich beim Streik um einen Abfindungstarifvertrag bei AEG/Elektrolux 44 % der Belegschaft krankgemeldet – und infolge der kampfbedingten Betriebsstilllegung Krankengeld bezogen.³⁷ Gestaltungsanfällig in diesem Sinne sind auch Betriebsversammlungen, die gezielt als streikähnliches Druckmittel – nur eben mit Entgeltfortzahlung – eingesetzt werden.
- 40** Der Mißbrauch an sich ist keine Frage der Folgenabschätzung. Die Mißbrauchsanfälligkeit einer Norm dagegen durchaus: Lädt sie nachgerade zur unkontrollierten Selbstbedienung ein, dann stimmt mit der Norm etwas nicht. Außerdem führt unkontrollierter Mißbrauch insgesamt zur Erosion der Rechtstreue (dazu noch VII).

IV. Gesamtwirtschaftliche und gesamtgesellschaftliche Folgen?

1. Arbeitslosigkeit

- 41** Vermessen gerät Folgenabschätzung, wenn aus einzelnen Normen Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft als Ganzes hergeleitet werden. Inwieweit das ganze Arbeitsrecht oder auch nur das Kündigungsschutzrecht für einen bestimmten Prozentsatz an Arbeitslosen verantwortlich ist, inwieweit also ohne eine bestimmte Norm oder Normengruppe Marktfolgen wie der Beschäftigungsstand konkret anders eingetreten wären, das kann niemand sagen.³⁸ Ebensowenig möglich sind gesellschaftliche Ab-

³⁷ SZ vom 10.3.2006, S. 21.

³⁸ Franz (Fn. 15), 439, 441; Wallerath (Fn. 9), § 94, Rn. 18.

leitungen, wie sie etwa *Zachert* versucht, wenn er meint, eine Lockerung des Kündigungsschutzes könnte junge Ehepaare verunsichern und damit die Reproduktionsrate weiter verschlechtern.³⁹

Das hieße, daß der Kritiker sämtliche dezentrale Entscheidungsvorgänge des Arbeitsmarktes simulieren könnte – um konkrete Kausalketten nachzuspielen. Alternative Ursachen von Arbeitslosigkeit – etwa aus dem Steuersystem oder dem Marktgeschehen – müßten zuverlässig ausgeschlossen werden können. Eine Parallelbetrachtung ein und desselben Arbeitsmarktes mit und ohne den Kündigungsschutz nach dem KSchG, mit und ohne Betriebsverfassung ist nicht möglich. Das liegt mit *Friedrich August von Hayek* daran, daß der Markt ein zu komplexes Phänomen ist, als daß der Mensch sein Funktionieren konkret erklären könnte.⁴⁰ Kurz: Es handelt sich um eine Anmaßung von Wissen.⁴¹

Möglich sind plausible Mutmaßungen – unter Sondersituationen: Wenn ein Staat den Kündigungsschutz einführt oder abschafft und daraufhin der Beschäftigungsstand – also die Arbeitsnachfrage – schwankt, dann läßt dies eine entsprechende Wirkungsvermutung zu.⁴² Für eine hinreichende Ursachenwahrscheinlichkeit – also eine Mustersaussage im Sinne *von Hayeks* – sind Wiederholungen erforderlich, die die Mutmaßung plausibel machen. An solchen Mustern arbeiten vor allem Wirtschaftsstatistiker, die länderübergreifend Arbeitsmarktregulierungen und Beschäftigungslagen vergleichen – um zu signifikanten Erklärungsmustern zu gelangen.⁴³

Dementsprechend kann man sich hervorragend darüber streiten, ob der Kündigungsschutz – oder die Mitbestimmung oder die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder andere arbeitsrechtliche Regeln – den Beschäftigungsstand beeinflußt oder nicht. So nimmt die REGAM-Studie der *Böckler*-Stiftung im Ergebnis eine allenfalls geringe Wirkung des Arbeitsrechts auf die Beschäftigung an⁴⁴ – wohingegen andere Studien zu anderen Ergebnissen kommen.⁴⁵ Man kann auch darüber streiten, ob Befragungen überhaupt das richtige Instrument zur Ermittlung solcher Folgewirkungen sind.

Wir können im Ausgangspunkt nur sagen: Jede Form von Kündigungsschutz bewirkt einen negativen Anreiz für das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber. Je schwerer man einen Arbeitnehmer wieder los wird, desto sicherer muß man sich sein, daß sich die Einstellungsinvestition in die Person lohnt. Das leuchtet unmittelbar ein, wenn ein Arbeitnehmer „alsbald“ tariflichen Sonderkündigungsschutz genießt: So muß sich

39 *Zachert*, Die Deutschen sterben aus – na und?, NJW-Editorial Heft 12/2006.

40 *von Hayek*, Theorie komplexer Phänomene (1972), insbesondere S. 33 ff.

41 *von Hayek*, Die Anmaßung von Wissen (1996).

42 *von Klitzing*, Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes (2004), S. 183 ff.

43 *Feldmann*, Arbeitsmarktregulierung und Arbeitsmarkt-Performance in Industrieländern, in: Rieble (Fn. 5), S. 40 ff. m.w.N.

44 *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit (2005); vgl. auch *Peuntner*, Einfluß des Arbeitsrechts auf Beschäftigungsentscheidungen (2002), S. 125 f. sowie *Kleinhenz* (Fn. 11).

45 *Falke/Höland/Rhode/Zimmermann*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hg.), Forschungsbericht Arbeitsrecht Nr. 47 (1981), S. 156.

ein Personalverantwortlicher in der Metallindustrie in Baden-Württemberg sehr sicher sein, wenn er einen 50-jährigen Bewerber vor sich hat: Denn nach drei Jahren Betriebszugehörigkeit ist jener unkündbar – bis zum Erreichen der Altersgrenze. Eine konkrete Wirkung dieser Tarifnorm auf die Arbeitslosigkeit Älterer ist – soweit ersichtlich – nicht untersucht. Gewisse Plausibilität zeigt auch das *Flexicurity*-System in Dänemark,⁴⁶ das ein geringes Kündigungsschutzniveau mit hohen Sozialleistungen verbindet und dadurch eine niedrige Beschäftigungseintrittsschwelle schafft.⁴⁷

2. Überregulierung und Lähmungseffekte

- 46** Von einem überregulierten Recht können **Erdrückungs- und Lähmungseffekte** ausgehen: Insbesondere für das Steuerrecht mutmaßt die mit einem Nobelpreis belohnte *Laffer-Kurve* plausibel, daß hohe Steuersätze strangulierende Wirkung haben können: ab einem bestimmten Grenzsteuersatz nimmt der Steuerertrag ab, weil sich die Erwerbsarbeit für den einzelnen nicht mehr lohnt. Ausgangspunkt ist auch hier der Bumerangeffekt. Nun läßt sich theoretisch eine arbeitsrechtliche Lähmungskurve denken, die auf der X-Achse die Lastintensität des Arbeitsrechts – eine Kombination aus Bürokratiekosten und Inflexibilität – und auf der Y-Achse den Beschäftigungsstand darstellt – immer *ceteris paribus*. Wie aber soll man die bürokratische Lähmungswirkung des Arbeitsrechts erfassen? Mehr als ein bedrückendes Gefühl werden die meisten nicht beisteuern können.⁴⁸ Anders als im Steuerrecht haben wir keine meßbare Steuerlast.
- 47** Arbeitsrechtler leiden unter einem Gewöhnungseffekt: Uns ist das System auch in seiner Komplexität vertraut. Selbstredend gibt es Anzeichen: So ist etwa die Quote der Selbständigen unter den Erwerbstätigen – und damit diejenige der (potentiellen) Arbeitgeber – seit Anfang der fünfziger Jahre bis Anfang der neunziger Jahre in Westdeutschland von über 30 % auf gut 10 % gesunken – und hat sich in ganz Deutschland, auch dank der Ich-AG, bis 2005 auf 11,3 % erholt.⁴⁹ Selbstredend gibt es Anzeichen dafür, daß das Arbeitsrecht einerseits und die starke Belastung der Selbständigen andererseits einen Anreiz setzt, lieber Arbeitnehmer als Selbständiger zu sein. Dennoch kommt es zeitgleich zur „Erosion des Normalarbeitsverhältnisses“.⁵⁰ Wer freilich die Rechtsordnung dafür mit verantwortlich machen will, kann sich nicht auf das Arbeitsrecht beschränken. Bürokratielasten nehmen insgesamt zu.

46 *Evju*, Die Sicht der skandinavischen Länder, in: Rieble (Hg.), Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen? (2006), S. 33, 36.

47 ECOTEC Basisinformationsbericht (BIB) Dänemark 2004; OECD Unemployment Outlook (2004), S. 97.

48 „Probleme des Mittelstandes“, Studie des Bundesverbandes der Selbständigen, bei der zwischen dem 6. und 22.12.2004 1.492 mittelständische Unternehmen nach ihren „zur Zeit größten Problemen“ gefragt wurden. Abrufbar unter www.bds-dgv.de (zuletzt abgerufen am 21.2.2007). Danach war für die befragten Unternehmen vor allem die Höhe der Lohnnebenkosten, die Steuerbelastung maßgebend, die „Bürokratie“ folgt an dritter Stelle; *Franz*, Arbeitsmarktökonomik, 6. Aufl. (2006), S. 124.

49 *Grömling*, Die Lohnquote – ein statistisches Artefakt und seine Interpretationsgrenzen, iw-Trends 2006, Heft 1.

50 So bereits der Titel einer DGB-Tagung im Jahre 1988, dazu den Tagungsband Besters (Hg.), Auflösung des Normalarbeitsverhältnisses? (1988).

Vor allem aber: Vor dem gierigen Steuerstaat flüchtet der Bürger in die Schattenwirtschaft. Aus Sozialabgaben und Arbeitsrecht flüchtet der Bürger in die Schattenwirtschaft und in die Rechtsignoranz. Solche Fluchtbewegungen beschränken die Erdrosselungswirkung. **48**

V. Schutzkosten und Komplexitätskosten

Eine gewisse Näherung ist über die Kostenwirkung möglich: Arbeitsrechtliche Schutznormen lösen Kosten aus. Solche Kosten sind Lohnnebenkosten und damit eine wirtschaftliche Belastung der abhängigen Arbeit, die einen grundsätzlichen Anreiz zur Arbeitsplatzzeinsparung oder -verlagerung setzt. Das heißt aber letztlich: Die Kosten für Arbeitsrechtsschutz werden zu einem gewissen Teil mittelbar von den Arbeitnehmern selbst getragen – und keineswegs vom Arbeitgeber. Eine Norm wie § 41 BetrVG kann nur ein Umlageverfahren verbieten, nie aber die kollektive Rückbelastung der Belegschaft, die höhere Löhne und Lohnnebenkosten auf längere Sicht selbst erwirtschaften muß. So wie jede Lohnerhöhung Rationalisierungs- und Verlagerungsanreize setzt („Produktivitätspeitsche“),⁵¹ so wirkt auch jede Erhöhung der Lohnnebenkosten – unter Einschluß der Bürokratiekosten. Verantwortungsvolle folgenabschätzende Arbeitsrechtssetzung wird deshalb versuchen, die Kostenlast aus Schutznormen auf das gebotene Maß zu begrenzen. **49**

Schutzkosten des Arbeitsrechts sind einmal unmittelbare Geldleistungspflichten – von der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bis zu Schulungskosten des Betriebsrats. Zu den Kosten gehören aber auch die Bürokratiekosten – insbesondere die Arbeitszeit, die der Arbeitgeber selbst oder durch bezahlte Dritte (Rechtsanwälte) aufwenden muß, um eine Schutzvorschrift anzuwenden. Je komplizierter eine Rechtsmaterie, desto höher sind die Kosten für ihre Anwendung; man kann nachgerade von Komplexitätskosten sprechen.⁵² **50**

Jene Kosten sind nur schwer zu ermitteln. Deswegen blendet etwa *Niederhoff* in seinen Untersuchungen zu den Kosten der Betriebsverfassung diese Anwendungskosten beim Arbeitgeber aus.⁵³ Daß Bürokratiekosten Beachtung verdienen, hat die Politik im Ansatz erkannt. Der neue Normenkontrollrat soll nach niederländischem Vorbild der Belastung der Normadressaten nachgehen – beschränkt vorerst auf Informationspflichten.⁵⁴ Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes sind andere durch Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung oder Verwaltungsvorschrift entstehende Kosten nicht umfaßt. Insoweit bleibt es bei der Folgenabschätzungspflicht nach § 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der (Bundes-) Ministerien. Für das Arbeitsrecht hat der Normenkontrollrat vorerst also keine große Bedeutung. **51**

Den Kosten sind **Erträge** gegenüberzustellen: Die Beachtung und Anwendung von Schutzvorschriften des Arbeitsrechts kann dem Betriebsfrieden dienen, größere Akzeptanz von Arbeitgeberentscheidungen in der Belegschaft auslösen und die Produktivität heben. Plakativ kann man von „**Friedensrendite**“ sprechen. Behauptung **52**

51 Dazu bereits *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 4.

52 *Klump* (Fn. 5), S. 9, 17.

53 *Niederhoff*, Die direkten Kosten der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes (2004).

54 BGBl I (2006), S. 1866; dazu *Karpen*, Wachhund, FAZ vom 11.7.2006, S. 7.

tet wird diese vor allem für die Mitbestimmung,⁵⁵ insbesondere für die betriebliche. Eine konkrete Kosten-Nutzen-Rechnung ist nicht möglich. Und erst recht lassen sich Kosten keinem Schutzzweck gegenrechnen: Wieviel der mit einer konkreten Norm bezweckte Arbeitnehmerschutz kosten darf, ist eine politisch zu entscheidende Frage. Das heißt freilich nicht, daß „Geld keine Rolle spielt“. Für die Folgenabschätzung kann man nur, aber immerhin, das – freilich schon aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgende – Gebot formulieren, den bezweckten Schutz so kostengünstig als möglich umzusetzen.

- 53** Immerhin läßt sich aus der Lohnnebenkostenwirkung bürokratischen Arbeitsrechts eines ableiten: Sie trifft vor allem die Schwachen und die Kleinen. Die kleinen Unternehmen, weil diese nicht in der Lage sind, arbeitsrechtlich ausreichendes Know-How vorzuhalten⁵⁶ und deswegen Kosten für Rechtsfehler tragen müssen. Man denke nur an den schönen Fall der formunwirksamen Befristung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses parallel zum Kündigungsschutzprozeß.
- 54** Auf der anderen Seite sind Bürokratiekosten für Arbeitnehmer grundsätzlich gleich – allenfalls fallen Arbeitsschutzkosten stärker bei Arbeitern und damit in unteren Entgeltgruppen an. Damit aber wirken sie sich in den Arbeitsverhältnissen der gering qualifizierten Arbeitnehmer (und bei den Teilzeitkräften) überproportional aus. Nimmt man etwa die Kostenlast für die Betriebsverfassung in Höhe von gut 650 € pro Arbeitnehmer und Jahr, dann liegt auf der Hand, daß gering qualifizierte Arbeitnehmer besondere Mühe haben, einen entsprechenden kompensatorischen Produktivitätsgewinn von immerhin gut 50 € im Monat zu erwirtschaften. Daß überproportionale Lasten sich auf die Beschäftigungschancen Geringqualifizierter nicht auswirken, darf man nicht hoffen.

VI. Verteilungsfolgen

- 55** Während über die beschäftigungsdämpfende Wirkung insbesondere des Kündigungsrechts gestritten wird, herrscht Einigkeit über seine Strukturwirkung: Ein hohes Kündigungsschutzniveau verlängert die Dauer der Arbeitslosigkeit und schließt Risikogruppen vom Arbeitsmarkt aus, also Jugendliche, Ältere, Kranke und Behinderte, aber auch alleinerziehende Mütter und vor allem die Geringqualifizierten und erst recht diejenigen, die mehrere Merkmale erfüllen.⁵⁷ Zu hoffen, daß der Diskriminierungsschutz nach dem AGG für bessere Verteilung der Beschäftigungschancen sorgte, ist illusorisch.
- 56** Allerdings darf man diese Verteilungswirkung nicht allein dem Kündigungsschutz anlasten; diesem wird eine vor allem psychologisch bedingte besondere Aufmerksamkeit zuteil. Vielmehr erhöht ein hohes Schutzniveau des Arbeitsrechts insgesamt den Druck auf Personen mit geringer Produktivität.

55 Vor allem *Jirjahn*, Effizienzwirkungen von Erfolgsbeteiligung und Partizipation: Eine mikroökonomische Analyse (1998); *ders.*, Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland. Überblick über den Stand der Forschung und Perspektiven für künftige Studien, *SozFort* 2006, 215.

56 Vgl. die Untersuchung von *Alewell/Koller*, Arbeitsrechtliche Ressourcen und Einschätzungen in Personalabteilungen deutscher Unternehmen, *BB* 2002, 990.

57 Allmendinger/Eichhorst/Walwei (Hg.), *IAB Handbuch* (2006), S. 19.

Die soziale Exklusion der „*Outsider*“ – nur um Wohlstand und Sicherheitsgefühl der „*Insider*“, also der Arbeitsplatzbesitzer zu schonen – ist aus meiner Sicht krasses Unrecht,⁵⁸ das aber kaum jemanden stört. Selbst das Bundesverfassungsgericht hatte zwischenzeitlich die Sicht auf die Arbeitslosen verloren: Während in der freier Rundfunkmitarbeiter-Entscheidung aus 1982 noch betont wird, daß die Versagung des Arbeitnehmerstatus auch den Bewerbern zugute kommt,⁵⁹ ist von diesen in der Kleinbetriebsklauselentscheidung⁶⁰ nicht mehr die Rede. Folgenabschätzung aber heißt: Arbeitsrechtslastenverteilung nicht einfach nur isoliert im Arbeitsverhältnis stattfinden zu lassen und die Wirkungen auf Dritte, vor allem die Arbeitssuchenden, schlechthin zu ignorieren. Mir hat es noch nie eingeleuchtet, daß die tarifliche Unkündbarkeit einer Universitätssekretärin deren Arbeitsmotivation auf Null herabsetzen darf, und es gleichwohl ausgeschlossen ist, deren Stelle mit einer arbeitswilligen alleinerziehenden Mutter zu besetzen, die unter Leistungs- und sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdient.

VII. Meta-Ebene: Regel-Akzeptanz und Regel-Transparenz

Eine zentrale Forderung der Folgenabschätzungslehre ist Regeltransparenz und Regelvertrauen⁶¹ – im Sinne von Verlässlichkeit: Rechtsregeln wollen steuern, also die Normadressaten zu richtigem Verhalten anleiten. Der Verpflichtete muß die Rechtslage verstehen können – der Berechtigte aber auch. Und er muß sein Verhalten danach ausrichten können. Soweit es um langfristige Investitionen geht – wie sie von den Arbeitgebern erwartet werden – bedarf es gewisser Überschaubarkeit. In ein Recht, das sich permanent ändert, kann niemand langfristiges Vertrauen fassen. Dementsprechend darf sich niemand wundern, daß etwa das BeschFG 1996 kaum Beschäftigungswirkung gezeitigt hat – war doch von der Opposition von Anfang an das Korrekturgesetz angekündigt. Permanente Änderung von Richterrecht verhindert gleichfalls langfristiges Vertrauen in die Stetigkeit und Berechenbarkeit des Rechts.

Verhaltenslenkung kann Recht schließlich nur bewirken, wenn der Ausgang von Rechtsstreitigkeiten vorhersagbar ist – und keinen Lotteriecharakter hat.⁶² Insbesondere die Neigung zur besonderen Betonung der Einzelfallgerechtigkeit (Stichwort: Interessenabwägung) behindert Steuerungsfähigkeit und Regelvertrauen. Das ist eine alte Diskussion, die aber unter dem Aspekt der Folgenabschätzung neues Gewicht erlangt. Normvollzug wird durch einheitliche und typisierende Handhabung begünstigt.⁶³

58 Zum Insider-Outsider-Effekt von *Klitzing* (Fn. 42), S. 37, 200; *Franz*, Arbeitsmarktökonomik, 6. Aufl. (2006), S. 309; *Sesselmeier/Blauermeier*, Arbeitsmarkttheorien, 2. Aufl. (1998), S. 175; *Wagner/Jahn*, Neue Arbeitsmarkttheorien, 2. Aufl. (2004), S. 212; *Eekhoff* (Fn. 11), S. 11.

59 BVerfG vom 13.1.1982 – 1 BvR 848/77 u.a. – BVerfGE 59, 231 = AP Nr. 48 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NJW 1982, 1447.

60 BVerfG vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169 = AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 17 = NZA 1998, 470.

61 Zur Rolle des Vertrauens in der Rechtsethologie: von *Rohr*, Evolutionsbiologische Grundlagen des Rechts (2001).

62 *Rüthers*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht (1996), S. 18, bezeichnet denn auch den Kündigungsschutzprozeß als „Lotteriespiel“.

63 von *Arnould*, Rechtssicherheit (2006), S. 114.

- 60** Bislang nur unzureichend beleuchtet ist die Bedeutung der **Regeltransparenz für die Arbeitnehmer**: Arbeitnehmer können als Berechtigte die ihnen dienenden Schutznormen des Arbeitsrechts nur wahrnehmen, wenn sie diese kennen und verstehen. Die alte Weisheit, wonach das Recht mit den Schlaun ist – *lex vigilantibus scripta* – darf im Verbraucherschutz und im Arbeitsrecht nicht in dieser Schärfe gelten.
- 61** Ich will hier nicht das Spottwort wiederholen, daß das staatliche Recht vielfach nicht den Anforderungen an das AGB-Transparenzgebot genüge;⁶⁴ jenes gilt für dieses nicht. Aber wenn das zentrale Schutzkonzept auf Asymmetrie in Macht und Information fußt,⁶⁵ muß das Rechtssystem auch für den „Normalarbeitnehmer“ verständlich sein. Daß Komplexität Beratungsbedarf erzeugt, mag für Gewerkschaften und Rechtsanwälte gut sein, ist aber aus Sicht einer verantwortungsvollen Folgenabschätzung ein wenig überzeugender Ansatz. Deshalb die Aufforderung: Macht unser Arbeitsrecht so einfach, daß der Normalarbeitnehmer erreicht wird und die ihm zugedachten Schutzvorschriften einfordern kann. Erst recht muß Arbeitsrecht so einfach sein, daß der Alltagsbetrieb des Arbeitsverhältnisses auch vom kleinen Arbeitgeber ohne Rechtsabteilung gemeistert werden kann.
- 62** Je komplexer eine Rechtsordnung ausfällt, desto weniger ist es möglich, sich rechtskonform zu verhalten. Aus dem Straßenverkehr ist bekannt, daß der „Schilderwald“ – also eine zu große Dichte von Verkehrszeichen mit ihren Normbefehlen – dazu führt, daß die Aufmerksamkeit nachläßt.
- 63** Die Rechtstreue läßt in der Gesellschaft insgesamt nach. Aus eigener Wahrnehmung kann ich feststellen, daß Arbeitgeber am Arbeitsrecht als „Recht“ nicht mehr interessiert sind. Soweit ich weiß, gibt es keine Untersuchung zur Arbeitsrechtstreue. Meiner Wahrnehmung nach gibt es drei Gruppen von Arbeitgebern: Neben diejenigen mit einer ohnehin laxen Rechtsgesinnung treten die Überforderten und Enttäuschten. Eine betriebssoziologische Untersuchung hat ergeben, daß in Unternehmen mit bis zu 100 Beschäftigten typischerweise kein arbeitsrechtlicher Sachverstand vorhanden ist.⁶⁶ Wenn das Bemühen einzelner, es „richtig zu machen“, im arbeitsrechtlichen Fiasko endet, sorgt das für Unmut. Wenn ich dem Recht nicht gerecht werden kann, lasse ich die Rechtstreue gleich bleiben. Als dritte schließlich sind die großen Unternehmen mit multinationalen Belegschaften zu nennen: Für sie ist das deutsche Arbeitsrecht nur eine Rechtsordnung unter mehreren; vielfach wird dort nurmehr ein Management der Rechts- und Lästigkeitslasten betrieben.
- 64** Das Gesamtbild ist für einen Juristen nur schwer erträglich: Rechtsverstöße werden – wie im Straßenverkehr – ohne weiteres in Kauf genommen; es interessiert nurmehr der Preis, der für Verstöße womöglich zu entrichten ist. Spöttisch mag man das „lean law“ nennen.⁶⁷ Auch hier muß das Arbeitsrecht nachsteuern: Wenn es seinen Durchsetzungsanspruch einerseits und seine Akzeptanzbemühungen anderer-

64 Etwa *Richardi*, Rumpelstilzchen-Methode in der Arbeitsgesetzgebung, BB 2005, Heft 2, S. I.

65 Auch *Thüsing*, Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, FS für Wiedemann (2002), S. 559, 570 ff.

66 *Alewell/Koller* (Fn. 56), 990.

67 *Linnenkohl*, Lean law – die ingenieöse Nichtanwendung von Arbeitsrecht, BB 1994, 2077.

seits aufgibt, hört es auf, Recht zu sein. Neben eine Durchsetzungsverschärfung muß ein stärkeres Bemühen um Anerkennung bei den Normunterworfenen treten. Man kann nicht in jedes Arbeitsverhältnis einen Arbeitspolizisten stellen, der die Rechtsregeln durchsetzt. Ohne Rechtsakzeptanz ist der Regelsetzer verloren.

VIII. Nur am Rande: Pflichterfüllung durch Arbeitnehmer

Wenig Konsens wird man zuallerletzt über die Durchsetzung von Arbeitnehmerpflichten finden. Während im Zivilrecht intensiv über die Verschärfung des Schadensrechts nachgedacht wird, um die Verhaltenssteuerung von Verpflichteten zu verbessern,⁶⁸ ist im Arbeitsrecht die Sanktion die Ausnahme. Großzügigkeit gegenüber dem säumigen oder nachlässigen Arbeitnehmer bestimmt das Bild – von der Arbeitnehmerhaftung über die Formularvertragsstrafenbegrenzung bis hin zur außerordentlichen Kündigung auch bei schweren Rechtsgüterverletzungen. Dahinter steht freilich eine andere Frage als die der Folgenabschätzung: nämlich diejenige des Menschendbildes im Arbeitsrecht.⁶⁹ Erst wenn man den einzelnen (!) Arbeitnehmer als eigenverantwortliches Rechtssubjekt anerkennt, das gerade durch die Sanktion ernst genommen wird,⁷⁰ ist eine Diskussionsbasis für die Präventionswirkung als Element der Folgenabschätzung eröffnet.

68 Eingehend *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe, AcP 206 (2006), 352 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

69 Dazu *Fastrich*, Vom Menschenbild des Arbeitsrechts – eine Skizze, FS für Kissel (1994), S. 193.

70 Zur Erneuerung Hegelscher Strafzwecke beachtlich *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger (2004), S. 88 ff.

D. Rechtspflicht zur Folgenberücksichtigung?

- 66** Der Ausgangspunkt ist beruhigend: Folgenabschätzung ist **Element guter Rechtsetzung** und zielt in erster Linie appellativ darauf, den Normsetzer in seinem Rechtsetzungsermessen zu überzeugen. Eine Kontrolle dieses Rechtsetzungsermessens – hier auf unzureichende Folgenabschätzung – findet grundsätzlich nicht statt, weder beim staatlichen Gesetzgeber, noch bei den Obersten Bundesgerichten (weil es an einem allgemeinen Verfassungsgebot fehlt) noch bei den Tarifparteien (weil das auf Tarifizensur hinausliefe).
- 67** Das liegt auch daran, daß Verhaltenswirkungen als solche typischerweise außerhalb der Norm stehen. Der Jurist ist es gewohnt, auf normativ unerwünschtes Verhalten zu reagieren – und nicht erst auf sozial unerwünschte Wirkungen von an sich erlaubtem Verhalten. Solches spezifisch wirkungsbezogenes Denken findet sich im Kartellrecht, weil es diesem von vornherein um wettbewerbsbeschränkende Wirkungen privatautonomen Verhaltens geht. Das führt zu erheblichen Friktionen mit der klassisch privatrechtlichen Sicht der Dinge, die *Nörr* anschaulich als „Leiden des Privatrechts“ geschildert hat.⁷¹ Auch das Strafrecht ist mit dem Präventionsgedanken, vor allem mit der Generalprävention „wirkungsbezogen“.⁷² Die Vertragsstrafe der §§ 339 ff. BGB hat als Strafe solch präventive verhaltenslenkende Funktion.⁷³
- 68** Für das Arbeitsrecht sind aus meiner Sicht **zwei Elemente „wirkungsbezogenen“ Rechtsdenkens** maßgeblich: Immer schon zielt die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung darauf, eine diskriminierende Folgewirkung eines an sich neutralen Verhaltens zu beanstanden – wie dies jetzt § 3 Abs. 2 AGG formuliert. Freilich ist der Wirkungsbezug bislang eher schmal ausgefallen: Es ging nur darum, ob die Anknüpfung an ein neutrales Merkmal „typischerweise“ – also statistisch betrachtet – Diskriminierungsgeschützte trifft. Klassisch: Teilzeitbeschäftigte und Frauen. Künftig wird aber vor allem mit Blick auf die zugrunde liegenden EG-Richtlinien der Wirkungsbezug eine deutlichere Rolle spielen.
- 69** Ein Beispiel: Mitarbeiterbeurteilungssysteme können diskriminierungsanfällig ausgestaltet sein – vor allem, wenn sie auf typisch männliche Attribute ausgerichtet sind – etwa durch einseitige Betonung von Tatkraft und Durchsetzungsfähigkeit⁷⁴. Auch insoweit geht es um Folgenabschätzung – nämlich die Verhaltenswirkung solcher Merkmale auf die Beurteiler. Gerade das AGG fordert dazu auf, mittelbare Benachteiligungswirkungen ganz allgemein zu prüfen.
- 70** Für Alterschutzregeln heißt das: Die unmittelbare Schutzwirkung einer Norm zugunsten älterer Arbeitnehmer diskriminiert jüngere und ist als positive Maßnahme i.S. von § 5 AGG zu prüfen; zugleich aber liegt darin eine mittelbare Benachteiligung derjenigen Älteren, die schwerer Beschäftigungszugang finden. Die – in der Begrün-

71 *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts (1994); dazu *K. Schmidt*, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), 170 ff.

72 Dazu *Klumpp*, Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke (2002), S. 27 ff.

73 Dazu *Staudinger/Rieble*, Vorbem. zu §§ 339 ff. (2004), Rn. 13 ff.

74 Schönes Beispiel: *Schreyögg*, Praxisbeispiel Stadt München: Beurteilungsverfahren sind nicht geschlechtsneutral, in: *Krell* (Hg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2. Aufl. (1998), S. 149 ff.

dung schlechthin abseitige – *Mangold*-Entscheidung des EuGH⁷⁵ hatte den umgekehrten Fall zum Gegenstand: Die Befristungserlaubnis nach § 14 Abs. 3 TzBfG hat die Älteren durch Vorenthaltung des Befristungsschutzes aus unmittelbarer Sicht belastet – und lediglich mittelbar begünstigt: durch die Ausrichtung auf das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber.

So wie das dem EuGH unverhältnismäßig erschien, wird es andere Fälle geben, in denen die Belastungswirkung einer Schutznorm diese unverhältnismäßig geraten läßt. Ein Kandidat ist aus meiner Sicht § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG mit seinem „zuvor“. Daß ein Arbeitnehmer, der – nicht nur als Werksstudent – einmal bei einem Unternehmen beschäftigt gewesen ist, nach seinem Ausscheiden infolge der negativen Anreizwirkung für alle Zeit vom Beschäftigungszugang auf befristete Arbeitsstellen bei diesem Arbeitgeber ausgeschlossen sein kann, dafür gibt es keinen Grund. **71**

Der zweite Punkt erscheint mir noch wichtiger: Die im Zuge der Materialisierung des Schuldrechts⁷⁶ aktivierten grundrechtlichen Schutzpflichten werden künftig dazu zwingen, Schutzkonzepte zu erarbeiten, die belastende Folgewirkungen von Recht einbeziehen. Ein verfassungsrechtliches Schutzpflichtverständnis, das schlechthin ignoriert, was mit den Schutzbefohlenen in der Lebenswirklichkeit geschieht, ist aus meiner Sicht verfassungswidrig. Wenn schon „Materialisierung“, dann konsequent. Man kann nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG einen materialen Mindestkündigungsschutz herleiten wollen⁷⁷ und sodann arbeitsplatzgefährdende Folgen des Arbeitsrechts ignorieren. Schutz nicht nur vor der mittelbaren Beeinträchtigung des Arbeitsplatzes durch private Arbeitgeber, sondern Schutz auch und gerade vor den Folgen staatlicher und tariflicher Rechtsetzung. Insofern stehen wir am Anfang eines erweiterten wirkungsbezogenen Rechtsdenkens. Folgen auszublenden, weil wir über diese zu wenig wissen oder als Juristen „normfixiert“ sind, ist gegenüber den Betroffenen nicht zu verantworten. **72**

Folgenabschätzungen werden künftig das Verhältnismäßigkeitsurteil über Normen mitprägen. Der Bumerangeffekt kann Schutznormen in krassen Fällen sogar ungeeignet, jedenfalls aber disproportional erscheinen lassen. **73**

Vor einer Sichtverengung ist freilich zu warnen: Folgenabschätzung meint nicht Berücksichtigung nur der Arbeitsmarktfolgen. Folgenabschätzung gebietet keineswegs „quasi-normativ“, daß das deutsche Arbeitsrecht mit einer arbeitsmarktbezogenen Zielorientierung⁷⁸ versehen wird. Die Forderung nach einem beschäftigungsfreundlichen Arbeitsrecht ist normativ und kann aus Art. 12 Abs. 1 GG oder womöglich aus dem Sozialstaatsprinzip hergeleitet werden. Folgenabschätzung als (bloße) Methode gebietet nur, daß der Regelsetzer etwaige Beschäftigungsfolgen in sein Abwägungsermessen einstellt. Welches Gewicht ihnen zukommt und was am Ende den **74**

75 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 – AP Nr. 1 zu Richtlinie 2000/78/EG = NZA 2005, 1345 = EzA § 14 TzBfG Nr. 21.

76 *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273.

77 Dazu *Kamanabrou*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Abfindungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen, RdA 2004, 333, 334.

78 Vgl. *Oymann*, Arbeitsmarktbezogene Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes (2005).

Ausschlag gibt, das entscheidet der Regelsetzer – eigenverantwortlich – aber im Rahmen seiner normativen Bindung.

- 75** Letztere gibt auch vor, daß die Gerichte nicht zur freien Folgenabschätzung und -bewertung berufen sind, sondern wie sonst auch nur diejenigen Folgen berücksichtigen dürfen, die einer Norm zugeordnet werden können. Rechtspolitik ist Sache der Gerichte nicht. Die Debatte um den politischen Richter⁷⁹ muß nicht der Folgenabschätzung wegen neu geführt werden. Folgenabschätzung heißt nur: Erkenntnis dessen, was das Recht in der gesellschaftlichen Wirklichkeit anrichtet; keineswegs wird der Richter dadurch zum Diener der Gesellschaft oder gar des Fortschritts; er bleibt der Diener des Rechts.

79 Statt aller: *Rupp*, Aufgabe und Funktion des Richters, *ORDO* 3 (1972), 175 ff.

E. Fazit

Folgenabschätzung ist geboten. Auch für den arbeitsrechtlichen Regelsetzer – vom **76** Gesetzgeber über die Gerichte bis zu den Kollektivvertragsparteien.

Folgenabschätzung ist Konsequenz des Umstandes, daß Normgeber nur beschränkt **77** auf Befehl und Gehorsam setzen können. Für die Normadressaten ist die Norm kein unbedingter Befehl, sondern zuerst ein Appell und sodann über die Normsanktion ein Anreiz, sich in einem bestimmten Sinne zu verhalten. Insbesondere die wirtschaftlichen Folgen der strikten Normanwendung lösen positive und negative Anreize aus. Der Normadressat ist freier, als das dem Befehlsgeber lieb sein kann. Daß das Recht in seiner Steuerungsfähigkeit nachläßt,⁸⁰ ist Befund – gleich, ob man dies freiheitsliebend gutheißt oder als Nachlassen der Ordnungs- und Schutzfunktion des Staates beklagt. Folgenabschätzung trägt autonomen Ausweichprozessen Rechnung und kann der Durchsetzungsschwäche des Rechts gerade begegnen – teils dadurch, daß Normen effektiv gemacht werden, teils aber auch dadurch, daß auf Normen, die sich nicht durchsetzen lassen, verzichtet wird.

Daß konkrete Kausalitäten zwischen arbeitsrechtlichen Regulierungen und Markt- **78** effekten unwißbar sind, heißt nicht, daß Folgenabschätzung scheitert. Anzusetzen ist einmal an konkreten und typischen Anreizwirkungen von Schutzregeln, die sich vielfach mit gesundem Menschenverstand erschließen lassen. Anders gewendet: Der arbeitsrechtliche Rechtsetzer muß sich fragen, wie Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf die beabsichtigte Norm typischerweise reagieren werden. Zwei miteinander verbundene Effekte lassen sich zudem berücksichtigen: Die Kostenwirkung von Schutznormen und der Verteilungseffekt in der Arbeitslosigkeit, der die besonders Schutzbedürftigen trifft.

Für den Richter heißt Folgenabschätzung auch, sich mit einem Rollenwechsel ver- **79** traut zu machen: Die Auswirkungen seiner Rechtsetzung und Rechtsprechung auf das Verhalten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber führen zu einer dem klassischen Richterverständnis fremden Rückkoppelung. Der Richter steht – sowenig wie der Gesetzgeber – „über den Dingen“ oder außerhalb des von ihm geregelten Systems. Er ist nicht mehr unabhängig Schiedsrichter, sondern greift in das Spiel ein, indem er das Verhalten der Akteure konkret beeinflusst. Der Schiedsrichter wird zu einem Mitspieler – und muß dieser Verantwortung gerecht werden.

Folgenabschätzung ist eine Absage an jede Form der Prinzipienreiterei im Sinne **80** eines „*fiat justitia ...*“. Folgenabschätzung trägt dem Umstand Rechnung, daß das Recht dem Menschen dient und bezieht den Normadressaten als eigenverantwortlich handelndes Subjekt in die Überlegung des Normsetzers ein. Normgeber und Normadressat müssen partnerschaftlich miteinander umgehen – eine Vorstellung, die in der Tarifautonomie mit ihrer mitgliederschaftlichen Legitimation angelegt ist.

Folgenabschätzung führt trotz des Blickes auf die gesellschaftlichen Folgen von **81** Recht nicht zu einer Wiederbelebung der Debatte um den politischen Richter: Der

80 Dazu den Sammelband Grimm (Hg.), Wachsende Staatsausgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990).

Richter bleibt auch als folgenbewußter Ersatzgesetzgeber Diener des Rechts und auf die Gewaltenteilung verpflichtet; ihm kommt keine soziale Aufgabe zur Ordnung der Gesellschaft zu.

- 82** Wer sich der Folgenabschätzung verweigert, wird vom Bumerangeffekt eingeholt. Das ist für Liberale tröstlich, weil uneinsichtige Normgeber insbesondere durch Markt und Wettbewerb (aber auch durch die Lust am Ungehorsam) entmacht werden. Im Arbeitsrecht freilich wird der Preis von denen bezahlt, die es am schwersten haben: den Behinderten und Kranken, den Älteren, den Jungen ohne hinreichende Ausbildung – ganz allgemein denen, deren Produktivität nicht ausreicht, um die Rechtslasten zu kompensieren. Das kann keinen fröhlich stimmen.