

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht



ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag München 2006

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2006 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 3-9809380-5-0

Vorwort

Wohlfeil ist es geworden, die Arbeitsmarktmisere mit Arbeitsmarktreformen bekämpfen zu wollen. Interessenten tummeln sich und begehren interventio-nistische Erleichterung der für sie geltenden Arbeitsrechtslasten. Auf der anderen Seite wird der soziale Besitzstand erbittert verteidigt und jedes Sachargument als Kampf für sozialen Rückschritt abgewehrt.

Wer der Frage wissenschaftlich nachgeht, muß zuerst klären, inwieweit ein hohes arbeitsrechtliches Schutzniveau einstellungshemmend wirkt. Dabei geht es um die Kosten solchen Schutzes, die als Lohnnebenkosten nachfrage-dämpfend wirken. Es geht aber auch um die Überkomplexität, die unser deutsches Rechtssystem auszeichnet und für den Rechtsanwender kaum mehr überschaubar ist. Wer nach Reform fragt muß zwei grundverschiedene An-sätze verfolgen. Man kann Arbeitsrecht unter grundsätzlicher Beibehaltung des Schutzniveaus einfacher, also transparenter gestalten. Rückbau von komplexen Tatbeständen, Rückkehr zu einfachen Grundregeln, Beschneidung der Ausnahme- und Sondertatbestände – kurz: ein anwenderfreundliches und transparentes Recht schaffen. Schon unter dem Verhältnismäßigkeitsaspekt verdient solche Vereinfachung den Vorrang gegenüber jenen Reformansinnen, die das Schutzniveau als solches senken wollen.

Dabei muß das gelebte Recht berücksichtigt werden. Daß Kündigungsschutz in der Wirklichkeit zum Abfindungsschutz geworden ist, darf man nicht ignorieren. Ist der Kündigungsschutz mit dieser Wirkung noch sachgerecht ausgestaltet? Und: Ist jede Norm angemessen konzipiert, wenn man nicht nur ihre Schutzwirkung, sondern auch die unerwünschten Nebenwirkungen be-rücksichtigt?

Diese Tagung geht der Frage nach. Ökonomische und methodische Fragen werden ebenso beleuchtet, wie Reformüberlegungen zu den drei „Hauptbau-stellen“: Kündigungsrecht, Betriebsverfassung und Tarifrecht.

München, November 2005

Volker Rieble, Direktor des ZAAR

Inhaltsübersicht

Seite

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7
§ 1 Mehr Transparenz! Notwendigkeit, Probleme und Wege der Deregulierung des Arbeitsrechts	
A. Referat Steffen Klumpp	10
I. Notwendigkeit einer Deregulierung	10
II. Grundprobleme einer Deregulierung	19
III. Ausblick: Wege zur Deregulierung	23
IV. Schluß	32
B. Diskussion	33
§ 2 Arbeitsmarktregulierung und Arbeitsmarkt-Performance in Industrieländern	
A. Referat Horst Feldmann	40
I. Einführung	40
II. Datensatz und Schätzmethode	40
III. Ergebnisse	47
IV. Lehren für Deutschland	61
B. Diskussion	64
§ 3 Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems	
A. Referat Sudabeh Kamanabrou	78
I. Kündigungsschutz heute	78
II. Reformziele	81
III. Modelle	85
IV. Kalkulierbarer Kündigungsschutz	87
V. Zusammenfassung	94

B. Diskussion	95
§ 4 Die Entwicklung des Tarifvertragsrechts zwischen Neuinterpretation und gesetzgeberischer Neuregelung	
A. Referat Hans Hanau	107
I. Einleitung	107
II. Das System des Tarifvertrags – Bedeutung und Konsequenzen seiner gesetzlichen Ausgestaltung	107
III. Systemanpassungen durch die Tarifvertragsparteien selbst	110
IV. Aufweichung des Systems durch Neuinterpretation seiner gesetzlichen Ausgestaltung	111
V. Reform durch gesetzliche Neuregelung – Ermöglichung von Außenseiterwettbewerb	120
VI. Zusammenfassung	123
B. Diskussion	124
§ 5 Marktflexibilität und Betriebsverfassung	
A. Referat Frank Bayreuther	132
I. Zum Reformbedarf im Betriebsverfassungsrecht	132
II. Gesetzliche oder institutionelle Deregulierung?	133
III. Institutionelle Strukturierungsmöglichkeiten	158
IV. Zusammenfassung - Thesen	168
B. Diskussion	176
Abkürzungsverzeichnis	183
Sachregister	186

§ 1 Mehr Transparenz! Notwendigkeit, Probleme und Wege der Deregulierung des Arbeitsrechts

Rn.

A. Referat Steffen Klumpp	1
I. Notwendigkeit einer Deregulierung	1
1. Mängel des Arbeitsrechts	1
a. Intransparentes Arbeitsrecht	2
[1] Zuviel Arbeitsrecht	3
[2] Unverständliches Gesetzesrecht	4
[3] Zuwenig Arbeitsrecht	7
b. Statisches Arbeitsrecht	10
2. Deregulierungsdebatte	13
3. Gefahrenpotentiale	15
a. Intransparenz führt zu Rechtsunsicherheit	15
b. Intransparenz führt zu Entscheidungsverschleppung	18
c. Intransparenz verursacht Kosten	20
d. Statisches Arbeitsrecht blockiert den Arbeitsvertrag als Regelungsinstrument	21
e. Folge: Faktische Deregulierung	22
4. Deshalb: Mängelbezogene Deregulierung	24
II. Grundprobleme einer Deregulierung	26
1. Politisch: Arbeitsrecht als ideologisches Rechtsgebiet	27
2. Tatsächlich: Uneinheitliche Bedürfnisse	28
3. Rechtlich: Wie weit muß der Arbeitnehmerschutz gehen?	34
4. Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit	37
5. Europa!?	38
III. Ausblick: Wege zur Deregulierung	39
1. Weniger Statik und mehr Rechtssicherheit	39
2. Stärkung des Arbeitsvertrages	40
a. Verfassungsrechtliche Vorgaben	41
b. Von der strukturellen zur punktuellen Unterlegenheit?	43
c. Ausgangspunkt: Privatrechtliche Vereinbarung	46
d. Möglichkeit: Stufensystem	50
e. Arbeitsvertrag und Tarifvertrag	55
3. Klare und bestimmte Gesetzgebung	59
a. Mehr Rechtssicherheit durch klare Gesetzgebung	60
b. Erster Schritt: Vereinfachung ohne Senkung des Schutzniveaus	66
IV. Schluß	68
B. Diskussion	69

A. Referat Steffen Klupp*

I. Notwendigkeit einer Deregulierung

1. Mängel des Arbeitsrechts

- 1 Warum ist eine Reform des Arbeitsrechts notwendig? Ich möchte zwei grundlegende, systembezogene Vorwürfe herausgreifen: Zum einen ist das Arbeitsrecht nicht anwenderfreundlich genug. Es ist für Arbeitgeber und Arbeitnehmer als unmittelbare Normadressaten oftmals zu undurchsichtig und nur schwer verständlich. So ist das Arbeitsrecht intransparent im Wortsinne¹. Zum anderen ist das deutsche Arbeitsrecht zu statisch. Es vermag den Bedürfnissen und Interessen der verschiedenen an den Arbeitsbeziehungen beteiligten Gruppen nicht mehr ausreichend gerecht zu werden.

Zuerst zur Intransparenz.

a. Intransparentes Arbeitsrecht

- 2 Transparenz in der Normgebung heißt Klarheit, Durchschaubarkeit sowie Bestimmtheit². Intransparent aber sind solche Regelungen und Regelungssysteme, die durch ihren Aufbau, ihre Normanzahl, ihre systematische Verknüpfung und so insgesamt durch ihre regelungstechnische Gestaltung das Erfassen des Regelungsinhalts erschweren. Probleme bei der Erfassung des Norminhalts aber behindern die praktische Normanwendung. Dies ist beim Arbeitsrecht der Fall. Ursache für das intransparente Arbeitsrecht ist dabei sowohl ein Zuviel an gesetzlicher Regelung als auch paradoxerweise ein Zuwenig.

[1] Zuviel Arbeitsrecht

- 3 So gibt es zu viele arbeitsrechtliche Einzelgesetze. Auch wenn es an Absichtsbekundungen, die bis ins Jahr 1896 zurückgehen³, nicht gefehlt hat, gibt es keine einheitliche Kodifikation des Individualarbeitsrechts, geschweige denn des gesamten deutschen Arbeitsrechts⁴. Das Gesetzesrecht erinnert den Rechtsanwender deshalb eher an ein Labyrinth⁵ denn an durchdachte Systematik. Zur Verdeutlichung: Die oft verwendete DTV-Textsammlung weist in der aktuellen 66. Auflage die „meistrelevanten“ Einzelgesetze auf – es sind 66⁶. Die Regelungen des betrieblichen Gesundheitsschutzes sind nicht abgedruckt. Hinzu kommt als Besonderheit des Arbeitsrechts, daß als Regelungsquellen nicht nur Arbeitsvertrag und Gesetz, sondern auch

* Dr. Steffen Klupp, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München.

1 Duden, Fremdwörterbuch, 7. Aufl. (2001), S. 1006.

2 *Stoffels*, AGB-Recht (2003), S. 288 ff.

3 RT-Drs. Stenographischer Bericht Bd. 147, S. 3822.

4 Zur Entwicklung der „Kodifikationsidee“ im Arbeitsrecht *Neumann*, Die Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz, ArbRGg 33 (1996), S. 59; *Preis*, Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts und Privatrechtsordnung, ArbRGg 29 (1992), 143; *Steinmeyer/Jürging*, Überlegungen zu einer gesamtdeutschen Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, NZA 1992, 778.

5 *Richardi* (Hg.), Arbeitsgesetze, 66. Aufl., 2005, Einführung, S. XIX.

6 *Richardi* (Hg.), (Fn. 5).

Tarifvertrag und betriebliche Vereinbarungen zu beachten sind⁷. Das Arbeitsrecht führt also eine umfassende Loseblatt-Existenz⁸.

[2] Unverständliches Gesetzesrecht

Neben der Quantität der arbeitsrechtlichen Regelungen, die für sich alleine genommen „nur“ ein Kapazitäts-, aber noch kein Verständnisproblem hervorriefe, belastet auch der konkrete gesetzestechnische Inhalt. Der Gesetzgeber muß sich den Vorwurf gefallen lassen, daß er die transparente Regelungsgestaltung, die er dem Verwender allgemeiner Arbeitsbedingungen in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB abverlangt⁹, selbst nicht überall einhält. 4

So gibt es systematische Verwirrungen wie etwa bei der Neuregelung der §§ 105 ff. GewO¹⁰. Dort – und nicht etwa in den §§ 611 ff. BGB – stehen nun die Grundsatznormen des Arbeitsvertragsrechts. Sie stehen falsch, weil die GewO grundsätzlich nur für gewerbliche Arbeitnehmer galt – weshalb der Gesetzgeber in § 6 Abs. 2 GewO einfügen mußte, daß selbstredend alle Arbeitnehmer gemeint seien. Verwirrend auch die dort angewandten Verweisungsregelungen. Man kann die Regelung des Wettbewerbsverbotes in § 110 GewO nicht verstehen, wenn man nicht auch noch die §§ 74 ff. HGB zu Rate zieht. Laut den Materialien wollte der Gesetzgeber „vereinfachen und deregulieren“. Er ist dabei bestenfalls auf halbem Wege stehen geblieben¹¹.

Daß das nicht unwichtige Recht des Betriebsüberganges vor nicht allzu langer Zeit durch ein Artikelgesetz zur „Änderung des Seemanngesetzes und anderer Gesetze“¹² in wesentlichen Teilen erstmals normiert wurde, mag mit parlamentstechnischen Gründen zusammenhängen, ist aber gleichwohl symptomatisch¹³. *Richardi* nennt das plastisch „Gesetzgebung nach der Rumpelstilzchen-Methode“¹⁴: Manches Mal ist man im Nachhinein überrascht, was der Gesetzgeber wo versteckt hat.

Aber dem Gesetzgeber gelingt es wohl auch, sich selbst zu überraschen: Welche praktischen Auswirkungen und Verwirrheiten etwa die Folge der hektisch und in letzter Minute im Rahmen der Schuldrechtsreform aufgenommene Abschaffung der Bereichsausnahme durch § 310 Abs. 4 BGB sein würden, hat man – jedenfalls, wenn 5

7 *Linnekohl*, Deregulierung und Arbeitsmarkt, ArbRGg 29 (1992), 127, 131.

8 Dazu auch *Preis*, Das Arbeitsrecht in der Gesetzgebungskrise, FS Wißmann (2005), S. 45.

9 Dazu etwa *Stoffels*, (Fn. 2), S. 288 ff.

10 Eingefügt durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtl. Vorschriften vom 24.8.2002, BGBl. I, S. 3412; dazu *Boemke* (Hg.), Gewerbeordnung, Kommentar zu §§ 105-110 (2003).

11 BTDrucks. 14/8796, S. 1 und 16; kritisch auch *Ankersen*, in: *Boemke* (Hg.), Gewerbeordnung, Einleitung, Rn. 16.

12 Vom 23.2.2003, BGBl. 1163.

13 Aus den Gesetzesmaterialien geht nicht hervor, warum es einer solchen Zusammenfassung bedurfte, BTDrucks. 14/7760.

14 *Richardi*, Rumpelstilzchen-Methode in der Arbeitsgesetzgebung, BB 2005, Heft 2, Seite I.

man sich die Gesetzgebungsmaterialien ansieht¹⁵ – offensichtlich nicht bedacht. Das freut zumindest Seminarveranstalter.

Manches Mal ist aber auch die Frage, ob ein arbeitsrechtliches Gesetz überhaupt anwendbar ist, nur schwer zu beantworten – rund 160 Schwellenwerte müssen studiert werden¹⁶. Hinzu kommt noch die bisweilen wenig lesefreundliche Gesetzes-sprache, als Beispiel mag man in den ersten Absatz von § 23 KSchG blicken.

- 6 Dies sind Einzelbeispiele, die je für sich gesehen vielleicht läßlich wären, in ihrer Summe aber zeichnen sie eine Bild eines schwer zu überblickenden und damit intransparenten Arbeitsrechts. In dieser Analyse ist man sich – soweit ich dies überblicken kann – einig.

[3] Zuwenig Arbeitsrecht

- 7 Gibt es auf der einen Seite zu viele arbeitsrechtliche Einzelgesetze, so sind auf der anderen Seite wichtige Bereiche der Arbeitsbeziehungen entweder wie das Arbeitskämpfrecht oder der Arbeitnehmer-Begriff gar nicht gesetzlich geregelt oder aber nur durch unbestimmte, also konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriffe – wie gerade das wichtige Kündigungsschutzrecht.
- 8 Das Arbeitsrecht setzt also mehr als andere Rechtsgebiete auf die Rechtsquelle Richterrecht. Und in der Tat sprechen die Arbeitsgerichte in großem Umfang gesetzestretend und gesetzekonkretisierend Recht.

Der Gesetzgeber läßt den Richter, der sich dem Justizgewährleistungsanspruch gegenüber sieht¹⁷, zum einen durch schlichte Nichtregelung allein, zum anderen sieht er sich zur „Durchregelung“ nicht imstande, weil er das Ziel der gerechten Einzelfallentscheidung im Auge hat¹⁸ – deshalb setzt er unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln ein.

- 9 Aber auch die richterlichen Ausformungen des unbestimmten Gesetzesrechts weist oftmals eine generalklauselartige Weite auf – so etwa im Kündigungsschutzrecht das Prognoseprinzip¹⁹, das Verhältnismäßigkeitsprinzip²⁰, das Abmahnnerfordernis²¹. Ohne diese Präzisierungen inhaltlich werten zu wollen, führen sie zu einem Mehr an höchst interpretationsbedürftigem Recht. So wird zwar eine flexible Entscheidung im Einzelfall möglich, ebenso aber besteht die Gefahr, daß der Ausgang einer gerichtlichen

15 BTDrucks. 14/7052, S. 186 verweist etwa auf die Besonderheiten im kirchlichen Bereich, denen Rechnung getragen werden kann.

16 Die Übersicht von *Junker/Dietrich*, Schwellenwerte in arbeitsrechtlichen Gesetzen, NZA 2003, 1057.

17 Dazu BVerfG vom 30. April 2003 – 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924; ebenso *Voßkuhle*, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, 2193.

18 Allgemein zur Billigkeit *Staudinger/Rieble* (2004), § 315 Rn. 122 m.w.N.

19 BAG vom 21.11.1996 – 2 AZR 357/95 – AP Nr.130 zu § 626 BGB = NZA 1997, 487 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50.

20 BAG vom 5.10.2000 – 1 AZR 48/00 – AP Nr. 141 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2001, 849 – EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 107.

21 BAG vom 16.9.2004 – 2 AZR 406/03 – AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NZA 2005,459 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64; BAG vom 10.11.1988 – 2 AZR 215/88 – AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 1989, 633 = EzA § 611 BGB Abmahnung Nr. 18.

Entscheidung oft nicht vorhersehbar ist – das Wort vom Lotteriespiel macht die Runde²².

Freilich nutzen die Gerichte nicht nur den gegebenen Interpretationsrahmen der gesetzlichen Regelungen aus, sondern sie schaffen auch unter Rückgriff auf die Grundrechte weiteres, im einfachen Gesetz nur schwer nachweisbares zusätzliches Recht. Die Arbeitsrechtsprechung legt dann nicht mehr aus, sondern findet neu. Als Beispiel *pars pro toto* mag der Wiedereinstellungsanspruch bei falscher Kündigungsprognose²³ dienen. Das Recht und vor allem dessen Übersichtlichkeit werden – vom grundsätzlichen Problem der Richterrechtsbildung abgesehen – aber nicht dadurch besser, daß immer neue Rechte, Ansprüche und Pflichten neu „erkannt“ werden.

Systematisch bedeutet diese letztlich induktive Form der Rechtsfindung, daß ab einer gewissen Ebene der Konkretisierung ein stringentes System der Handlungsweisungen für den Anwender gefährdet ist – große Vielfalt wird mit einem Mangel an Einheit erkaufte. Es kommt zur Überforderung der Arbeitnehmer und vor allem der kleineren Arbeitgeber.

b. Statisches Arbeitsrecht

Neben der beschriebenen Intransparenz ist das Arbeitsrecht oftmals zu statisch. Es läßt Regelungen im Arbeitsverhältnis und durch Arbeitsvertrag nicht ausreichend zu²⁴. **10**

Viele Konflikte in Arbeitsbeziehungen kommen deshalb auf, weil es zuviel zwingendes Arbeitsrecht gibt. Die verbreitete Grundüberzeugung, daß Besitzstände zu erhalten sind, konserviert arbeitsrechtliche Positionen gegen zukünftige Veränderung. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können etwa nicht vereinbaren, daß auch bei häufigeren Kurzerkrankungen die Pflicht zur Entgeltfortzahlung für den Arbeitgeber nach sechs Wochen endet. Konflikte werden deshalb im Rechtsstreit um die personenbedingte Kündigung ausgetragen²⁵. Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen wurde durch die Kontrolle Allgemeiner Arbeitsbedingungen nach § 307 ff. BGB verstärkt, selbst der Aufhebungsvertrag am Arbeitsplatz ist nicht mehr vor dem – freilich zwischenzeitlich gescheiterten – Versuch sicher, ihn dem Recht des Haustürwiderrufs zu unterwerfen²⁶, aber der Arbeitsvertrag wird fortan als Verbrauchervertrag eingeordnet²⁷. **11**

22 *Rüthers*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, 1996, S. 18. Einschränkend *P. Hanau*, Deregulierung des Arbeitsrechts – Ansatzpunkte und verfassungsrechtliche Grenzen, 1997, S. 16.

23 BAG vom 4.12.1997 – 2 AZR 140/97 – AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung = NZA 1998, 701; hierzu auch *Kaiser*, Wegfall des Kündigungsgrundes – Weder Unwirksamkeit der Kündigung noch Wiedereinstellungsanspruch, ZfA 2000, 205.

24 *P. Hanau*, (Fn. 22), S. 18; *Reuter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung des Arbeitsrechts, in: FS Wiedemann (2002), S. 449, 464; *Preis*, Arbeitsrecht und „unbegrenzte Auslegung“, NJW 1998, 1889, 1889.

25 *Thüsing*, Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in: FS Wiedemann (2002), S. 558, 560.

26 Ablehnend jetzt BAG vom 27.11.2003 – 2 AZR 177/03 – AP Nr. 2 zu § 312 BGB – EzA-SD 2003, Nr. 25,5.

27 BAG vom 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – AP Nr. 1 zu § 310 BGB = EZA § 307 BGB 2002 Nr. 3 = NZA 2005, 1111.

Diese Statik ist aus der historischen Entwicklung mit Ziel eines möglichst zementierten Mindestschutzes zu erklären – freilich dient dieses zwingende Recht seinem Zweck nicht immer, weil es auch negative Folgen aufweist: Siehe Entgeltfortzahlung oder auch massiver Sonderkündigungsschutz²⁸.

- 12** Aus der Sicht des Arbeitsvertrages wenig regelungsdurchlässig ist auch der Tarifvertrag als wesentliches Regelungsinstrument des Arbeitsrechts²⁹. Zwar sind die Tarifvertragsparteien in der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen weniger gesetzlichen Restriktionen unterworfen als die Arbeitsvertragsparteien. Die Tarifpolitik führt aber insbesondere bei Flächentarifverträgen nicht immer zu angemessenen Ergebnissen für einzelne Betriebe, die etwa eine angespannte wirtschaftliche Situation ertragen müssen. In dieser Situation verhindert das geltende Recht – jedenfalls in der Interpretation des BAG³⁰ – negativ abweichende Regelungen durch die Betriebs- oder Arbeitsvertragsparteien. Gerade hier wirkt Arbeitsrecht unmittelbar wirtschaftslenkend, weil Tarifverträge Mindestarbeitsbedingungen festsetzen, von denen ohne Zustimmung der Tarifvertragsparteien nicht abgewichen werden kann.

2. Deregulierungsdebatte

- 13** Weil das Arbeitsrecht intransparent und statisch ist, wird über die Notwendigkeit einer Reform im Sinne einer Deregulierung, also eines Abbaus oder zumindest Lockerung von Regelungen gestritten. Diese – vor allem politisch geführte³¹ – Debatte leidet m.E. darunter, daß sie hauptsächlich und oftmals einzig um die Beschäftigungsrelevanz des Arbeitsrechts geführt wird. Es wird darüber gestritten, ob und wie durch Arbeitsrecht mehr Beschäftigung geschaffen werden kann. Deshalb wird oft auch eine Deregulierungsnotwendigkeit verneint, weil nicht ausreichend sicher empirisch zu belegen sei, daß etwa der Kündigungsschutz wirklich beschäftigungshinderlich ist. Als Ergebnis einer Deregulierung wird deshalb nicht Beschäftigungsförderung, sondern nicht hinzunehmende soziale Schieflage zu Lasten der Arbeitnehmer befürchtet³².

Wegen der Multikausalität einer Investitionsentscheidung, wie sie der Abschluß eines Arbeitsvertrages eine ist, ist es aber schwer nachzuweisen, ob das bestehende Arbeitsrecht beschäftigungsfeindlich ist oder nicht – beides wird durch Studien belegt³³. Und es wird bisweilen auch auf beiden Seiten oftmals mit bloßen Be-

28 *Preis*, Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, 65, 67; ebenso *Franz*, Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht, ZfA 1994, 439, 453.

29 Dazu allgemein *Löwisch/Rieble*, MünchHdbuch/ArbR, 2. Aufl. (2000), § 253.

30 BAG vom 20.04.1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = NZA 1999,887 = EzA Art. 9 GG Nr. 65.

31 Etwa Wahlprogramm der CDU/CSU „Deutschlands Chancen nutzen“ vom 11.7.2005, S. 10; Themenreihe: Arbeitnehmerpolitik der SPD-Bundestagfraktion, Juli 2005, passim.

32 *Pfarr*, Abbau Arbeitsrecht – Abbau Sozialstaat, WSI-Mitteilungen S. 582; aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur *Brandes/Buttler/Dorndorf*, Arbeitsmarkttheorie und Arbeitsrechtswissenschaft, in: Fischer (Hg.), Währungsreform und soziale Marktwirtschaft. 1989, S. 489, 495 f.

33 Etwa Projekt Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM) des WSI in der Hans-Böckler-Stiftung, Ergebnisse veröffentlicht in: *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Der Kündigungsschutz

hauptungen argumentiert – sowohl was die beschäftigungsfeindliche Wirkung ebenso wie eine befürchtete soziale Schieflage angeht.

Dem Gesetzgeber ist zwar vom Grundgesetz vorgegeben, einen möglichst hohen Beschäftigungsstand anzustreben³⁴ – freilich nicht als absoluter Wert an sich. Nimmt man oberflächlich und undurchdacht nur und einzig die Beschäftigungsförderung zum Ziel der Arbeitsrechtsgesetzgebung ohne Berücksichtigung anderer Interessen so besteht die Gefahr eines interventionistischen „Hin-und-Her“ mit allen Folgen für die Rechtssicherheit³⁵. **14**

Deshalb sollte man m.E. zuerst darauf blicken, welche primären Folgen der beschriebene Zustand des Arbeitsrechts hat, diese kann man (auch) als Arbeitsrechtler unschwer zur Kenntnis nehmen. So gelangt man bereits aufgrund der Analyse dieser unmittelbaren Folgen zur Notwendigkeit einer Deregulierung des Arbeitsrechts. Es ist also notwendig, auch eine rechtliche Debatte zu führen. Was ist gemeint?

3. Gefahrenpotentiale

a. Intransparenz führt zu Rechtsunsicherheit

Intransparentes Arbeitsrecht führt zu Rechtsunsicherheit, weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer Schwierigkeiten haben, das Recht zu überblicken und dessen Instrumente richtig anzuwenden. **15**

Die rechtlichen Auswirkungen einzelner Handlungen können bisweilen nur unvollkommen vorausgesagt werden. Sind diese Auswirkungen nicht vorauszusehen, ist es schwer, Handlungen nach den rechtlichen Vorgaben auszurichten. So führt zu komplexes Arbeitsrecht zu Planungsunsicherheit bei Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Beim Arbeitgeber wirkt sich dies in einer verminderten Investitionssicherheit aus. Und der Arbeitnehmer, den dieses Arbeitsrecht schützen soll, bekommt diesen Schutz bisweilen nicht ausreichend – weil er sich wegen des intransparenten Arbeitsrechts nicht auf ihm zustehende Rechte berufen kann. Insofern verkehrt sich auch hier der Schutz in das Gegenteil.

Hinzu kommt, daß das arbeitsrechtliche Regelungssystem oftmals eine „gefühlte Rechtsunsicherheit“ auslöst – das Arbeitsrecht wird als undurchdringlich angesehen **16**

schutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, (2005) wonach es eher unwahrscheinlich sei, daß das geltende Arbeitsrecht erheblichen, gar entscheidenden Einfluß auf die Personalentscheidungen der Betriebe habe, S. 90 einerseits; Unternehmensbefragung im Rahmen des Projektes Arbeitsgesetzbuch für eine neue Arbeitswelt, des Instituts der deutschen Wirtschaft als Teilergebnis veröffentlicht in: *Janßen*, Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft, iw-trends 2/2004 andererseits, wonach jedes zweite Unternehmen Neueinstellungen vornehmen würde, wenn Arbeitsrecht und Beschäftigung in einem engen Zusammenhang stehen, S. 1.

34 *Papier*, Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 2000, 1, 3.

35 erinnert sei hier an die mehrfachen Änderungen des KSchG in den letzten Jahren. Insbesondere durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26.4.1985, BGBl. I, S. 710; Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996, BGBl. I., 1476; Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten vom 19.12.1998, BGBl. I, 3843; Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003.

und an dieses Gefühl werden dann Folgerungen geknüpft. Das ist die Situation des in der Soziologie bekannten *Thomas*-Theorems „Wenn Menschen Situationen als real definieren, dann haben diese Situationen reale Folgen.“³⁶ Eine Studie des Instituts der Deutschen Wirtschaft macht dies am Beispiel des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte fest, wonach 85% der Unternehmen der Meinung sind, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer selbst in höchsten Krisenzeiten nicht entlassen zu können³⁷. Dies als unbeachtlich abzutun, heißt zu verkennen, daß damit folgenreiche Handlungen verknüpft sind – und es sich um ein Symptom der bestehenden Lage handelt.

- 17** Unklare, schwer verständliche Gesetze und dadurch ausgelöste Rechtsunsicherheit sind unverlässliches Recht³⁸ – sie stehen damit auf einer höheren Ebene in Spannung zum Rechtsstaatsprinzip.³⁹ Rechtssicherheit aber bedeutet in erster Linie Vertrauensschutz⁴⁰: Der Bürger soll wissen, woran er ist – das weiß er im Arbeitsrecht oftmals nicht.

b. Intransparenz führt zu Entscheidungsverschleppung

- 18** Das intransparente Recht ist geeignet, Entscheidungsprozesse zu verlangsamen. Muß erst langwierige Beratung eingeholt werden, verzögert sich die abschließende Entscheidung. Wird über eine solche Entscheidung dann vor Gericht gestritten, vergeht wiederum Zeit bis Rechtssicherheit eintritt.
- 19** Auch die arbeitsrechtlichen Entscheidungsfindungsverfahren selbst sind nicht ausgegoren: So wurde etwa die Befristung des Interessenausgleiches aufgehoben⁴¹ – in manchen LAG-Bezirken gibt es einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Betriebsänderung⁴² während der Verhandlungen zum Interessenausgleich, in manchen nicht⁴³. Auch Einigungsstellenverfahren sind oftmals langwierig – obwohl schnelle Handlungen geboten sind. Und im arbeitsgerichtlichen Verfahren – für das der Beschleunigungsgrundsatz wesentlich ist – kommt es etwa im Bereich des Kündigungsschutzes nach dem SGB IX zur zeitintensiven Verschränkung von arbeitsgerichtlichem, verwaltungsgerichtlichem und bisweilen sozialgerichtlichem Verfahren.

36 Das Thomas-Theorem wurde von den amerikanischen Soziologen W.I. and D.S. Thomas aufgestellt: "If men define situations as real, they are real in their consequences" (*W.I. Thomas and D.S. Thomas* (1928), *The Child in America*, S. 571).

37 *Janßen*, Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft, *IW-Trends* 2004/2, S. 11.

38 Was selbst der Gesetzgeber so sieht, siehe *BTD* Drucks. 15 | 1204, S. 8, für die Begründung zur wiederholten Änderung des § 1 Abs. 3 KSchG.

39 Siehe *Sachs*, Grundgesetz, 3. Aufl. (2003) Art. 20 Rn. 122 ff.

40 BVerfG vom 26.2.1969 – 2 BvL 15, 23/68 – BVerfGE 25, 269, 290 = NJW 1969, 1059; BVerfG vom 19.12.1961 – 2 BvL 6 /59 – BVerfGE 13, 261, 271 = NJW 1962, 291; BVerfG vom 14.3.1963 – 1 BvL 28/62 = BVerfGE 15, 313, 324 = NJW 1963, 851.

41 Durch Gesetz vom 24.12.2003 Art. 1 G zu Reformen am Arbeitsmarkt, BGBl. I S. 3002.

42 LAG Berlin vom 7.9.1995 – 10 TaBV 5/95 und 9/95 = AP Nr. 36 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1996, 1284 ; LAG Hamm vom 28.08.2003 – 13 TaBV 127/03 – AP Nr. 165 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA-RR 2004, 80.

43 LAG Düsseldorf vom 19.11.1996 – 8 TaBV 80/96 – LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 14 = NZA-RR 1997, 297; LAG Köln vom 30.4.2004 – 5 Ta 166/04 = NZA-RR 2005, 199.

c. Intransparenz verursacht Kosten

Intransparentes Recht ist ein Kostenfaktor. Der vernünftige Rechtsanwender wird intern Kenntnisse über komplexes Recht vorhalten oder diese Kenntnisse extern einkaufen. Am besten vor dem Streitfall, in jedem Fall bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung. Dies kostet Zeit und Geld. **20**

Gerade im Kündigungsschutzprozeß kommt es dann wegen der meist schwierigen Entscheidungslage sehr oft zu einem Abfindungsvergleich⁴⁴, der wiederum kostet. Man mag sich fragen, ob eine rechtliche Lösung, die direkt auf eine Abfindung im Falle der Beendigung zumindest aus betriebsbedingten Gründen zielte, nicht besser wäre.

Aber undurchsichtiges Arbeitsrecht kostet nicht nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer- und über weitergereichte Preiserhöhungen auch den Verbraucher, sondern auch den Steuerzahler, weil Rechtsunsicherheit Rechtsstreitigkeiten provoziert – und damit die Gerichte beschäftigt.

d. Statisches Arbeitsrecht blockiert den Arbeitsvertrag als Regelungsinstrument

Negative Folgen hat auch die beschriebene Statik des Arbeitsrechts, weil die Arbeitsvertragsparteien in ihrer Regelungskompetenz eingeschränkt sind. Sie können auf Änderungen in der Arbeitsbeziehung nicht ausreichend vertraglich reagieren – die schon genannte Frage der Entgeltfortzahlung ist ein Beispiel. Wer aber nicht flexibel reagieren kann, ist nicht in der Lage, das Arbeitsverhältnis auf die Zukunft hin gerichtet zu gestalten. Deshalb erschwert zwingendes Arbeitsrecht oftmals paßgenaue Lösungen für das einzelne Arbeitsverhältnis. **21**

Die Arbeitsvertragsparteien können aber aufgrund gesetzlicher Schranken auch nicht von Tarifverträgen abweichen, wenn die Tarifvertragsparteien nicht zustimmen – so besteht die Gefahr, daß auftretende betriebliche Krisen nicht durch flexible Änderung der Arbeitsbedingungen, sondern durch Entlassungen aufgefangen werden. Der Tarifvertrag, der ja Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie auf kollektiver Ebene sein soll, ist dann Mittel zur massiven Einschränkung dieser Freiheit⁴⁵.

e. Folge: Faktische Deregulierung

Insgesamt besteht als nicht zu unterschätzendes Ergebnis der genannten Schwierigkeiten die Gefahr der Selbstderegulierung der Betroffenen durch Entzug. Durch Austritt aus der Gewerkschaft und aus den Arbeitgeberverbänden kommt es zu einer faktischen Deregulierung – es fällt eine Regelungsebene weg. Der Nettoorganisationsgrad auf Arbeitnehmerseite beträgt 20%⁴⁶, die Arbeitgeberverbände **22**

44 Nach dem Tätigkeitsbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit für die Arbeitsgerichte 2004 wurden von 590.442 Klagen eingereicht, darunter 328.635 Bestandsschutzklagen. 296.637 Klagen wurden durch Vergleich beendet.

45 *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, (2000), 39 ff.

46 Iwd-Informationsdienst 33 vom 18.8.2005.

ohne Tarifbindung erfreuen sich wachsender Beliebtheit⁴⁷. Damit ist aber auch das Gesamtsystem des Arbeitsrechts gefährdet: Die Bezeichnung Außenseiter für nicht-organisierte Arbeitnehmer will nicht mehr recht über die Lippen⁴⁸.

- 23** Und auch: Nichtbeachtung und Nichtkenntnis des Arbeitsrechts bedeutet letztlich Selbstderegulierung. Die REGAM-Studie des WSI hat ergeben, daß viele – vor allem kleine und mittlere – Arbeitgeber deshalb keine Probleme mit dem Arbeitsrecht haben, weil sie es nicht kennen⁴⁹ (bei Konflikten lernen sie es kennen) oder aber gar nicht kennen wollen⁵⁰. Dies kann man fatalistisch hinnehmen. Man muß aber sehen, daß das Recht dann seinen Anspruch für Steuerung des Verhaltens der Arbeitgeber und Arbeitnehmer verloren hat. Es ist kein beruhigender Zustand, wenn immer wieder zu hören ist, daß eine Großzahl der geschlossenen Betriebsvereinbarungen wegen Verstoßes gegen die Kompetenznormen unwirksam sei⁵¹. Arbeitsrecht verliert Akzeptanz und dadurch seine Steuerungswirkung.

4. Deshalb: Mängelbezogene Deregulierung

- 24** Was ist die Grundfolgerung? Ist das Arbeitsrecht intransparent, könnte man lediglich ein Vermittlungsproblem annehmen, dem durch bessere Beratung beizukommen wäre⁵². Diese Scheinlösung aber verstärkt die gezeigten Mängel noch, in dem das Arbeitsrecht weitere Beratungskosten verursacht – und es ist eine schlechte Medizin, die nur die Symptome kuriert.
- 25** Deshalb ist eine sinnvolle De- oder Neuregulierung notwendig. Daß dies aber kein „zurück nach Manchester“ bedeuten kann, also keinen Radikalabbau mit dem Ergebnis, daß sich das Recht des Stärkeren durchsetzt, liegt auf der Hand, schon weil dies verfassungsrechtlich wegen des Untermaßverbotes gar nicht möglich ist⁵³. Deregulierung ist durch ihre Ziele zu definieren: Rechtssicherheit und das Schaffen von notwendigen Freiräumen – aber kein absolutes *laisser-faire*. So besteht etwa ein Unterschied, ob man das Recht der einseitigen Vertragsauflösung ungeregelt läßt – mit dem Ergebnis des *hire-and-fire* – oder ob man etwa ein ausgewogenes Abfindungssystem implementiert⁵⁴.

47 Dazu *Schlochauer*, OT-Mitgliedschaft in tariffähigen Arbeitgeberverbänden, FS Schaub (1998), S. 699; *Reuter*, Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) im Arbeitgeberverband, RdA 1996, 201.

48 Dies geht einher mit einer Fülle von Rechtsfragen, wie das „Außenseiter-Problem“ zu lösen ist, dazu nur *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 226 ff.

49 So gaben 64% aller befragten Betriebe mit bis zu fünf Arbeitnehmern an, an das KSchG gebunden zu sein, *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, (Fn. 33), S. 28.

50 Dazu *Linnenkohl*, Deregulierung des Arbeitsmarktes durch „ingeniose“ Nichtanwendung von Arbeitsrecht, ArbRGg 31 (1994), 89.

51 *Gentz*, Werden die geltenden Tarifverträge der betrieblichen Praxis gerecht?, FS Schaub (1998), S. 205, 206.

52 So *Pfarr*, Arbeits- und Sozialrecht – Eine bürokratische Beschäftigungsbremse?, WSI-Mitteilungen 2005, 454, 458.

53 Siehe etwa BVerfG vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 175.

54 Dazu *Kamanabrou*, Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems, S. 77.

Eine Deregulierung des Arbeitsrechts – oder eine Reform, eine Neugestaltung, ein modernes Arbeitsrecht – muß die aufgezeigten Mängel beseitigen und zu einer Neuordnung führen, mit dem Ziel, eine gutgewichtete Interessenabwägung herbeizuführen.

II. Grundprobleme einer Deregulierung

Abstrakt ist dies einfach: Abbau staatlicher Zwänge, Ausbau eigener Entscheidungsfreiräume⁵⁵. Weniger Recht bedeutet jedenfalls im Grundsatz übersichtlicheres Recht. Soweit die Allgemeinplätze – jenseits dieser fangen die Schwierigkeiten an. Deshalb ist zuerst zu fragen, welchen Hauptproblemen sieht sich eine Neu-regulierung des Arbeitsrechts gegenüber? **26**

1. Politisch: Arbeitsrecht als ideologisches Rechtsgebiet

Das erste Problem ist ein politisches. Einigkeit über eine grundlegende Neu-regulierung des Arbeitsrechts zu erzielen fällt im rechtswissenschaftlichen Bereich schwer, im rechtspolitischen Bereich scheint dies nur unter erheblichen An-strengungen möglich – und im gesellschaftlichen Bereich nahezu unvorstellbar; was an den gegensätzlichen Interessen von Arbeitgebern, Arbeitnehmern und auch der Allgemeinheit in Gestalt des Allgemeinwohls⁵⁶ liegt. Daß die beteiligten Interessen-verbände von Arbeitnehmern und Arbeitgebern jeweils auch eigene, von ihren Mit-gliedern divergierende Interessen in die Diskussion einbringen, macht das Vorhaben nicht einfacher. Die zumindest partiell verfassungswidrige⁵⁷ Nichtregelung des Arbeitskampfrechts durch den Gesetzgeber legt ein beredtes Zeugnis davon ab, wie schwierig es ist, politisch zu einer Einigung zu kommen. Da verwundert es nicht, daß die Regelungen des Arbeitsrechts lediglich als „Waffenstillstandslinien“ zwischen der besitzenden und der arbeitenden Klasse“ beschrieben werden⁵⁸. Gleichwohl wird eine Deregulierung ohne Zusammenarbeit aller betroffenen Gruppen politisch nicht durchführbar sein⁵⁹. **27**

55 Gewöhnlich geht die Forderung von Deregulierung auch mit der Forderung von Entbürokratisierung einher, das heißt dem Abbau von Verwaltungsverfahren. Für das Arbeitsrecht spielt dieser Aspekt der Entbürokratisierung keine so wesentliche Rolle wie etwa im Gewerberecht oder auch im Sozialrecht. Es gibt im Arbeitsrecht als privatrechtlicher Disziplin wenige behördliche Entscheidungsverfahren, wie etwa die Verfahren im Rahmen des Sonderkündigungsschutzes. Geht es also nicht darum, staatliche Verfahren zu verschlanken, dann aber doch darum, privatrechtlich wirkende Regelungen abzubauen, das Arbeitsrecht übersichtlicher zu machen.

56 *Thüsing*, Tarifaautonomie und Gemeinwohl, in: Oetker/Preis/Rieble (Hg.), FS 50 Jahre BAG (2004), 889, 889 ff.

57 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts, in: *Löwisch* (Hg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, S. 1, 53 ff.

58 *Däubler*, Das Arbeitsrecht, Bd. 1, 14. Aufl. (1995), S. 70.

59 Andere Rechtsgebiete, die ebenfalls unter einem Reformdruck stehen, haben es da besser. Sie können – wie etwa das Gesellschaftsrecht nach den Entscheidungen des EuGH zur Sitztheorie – die auch dort notwendige Reformdiskussion ruhiger führen. Dazu etwa *Happ*, Deregulierung der GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZHR 169 (2005), 6.

2. Tatsächlich: Uneinheitliche Bedürfnisse

28 Aber auch aus den tatsächlichen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes erwachsen Probleme, weil die Arbeitsbeziehungen immer unterschiedlicher werden. Denn einen einheitlichen Arbeitsmarkt gibt es nicht mehr. Vielmehr gibt es höchst unterschiedliche Arten von Arbeitsbeziehungen, höchst unterschiedliche Interessen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber – und damit auch höchst unterschiedliche rechtliche Bedürfnisse. Wir haben einen fragmentierten Arbeitsmarkt, auf den sich ein neues Arbeitsrecht einzustellen hat.

29 ● Differenzierung auf der Seite der Arbeitgeber

Immer weniger darf Arbeitsrecht bloßes Großindustrierecht sein. Die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)⁶⁰, also Unternehmen bis zu 500 Arbeitnehmer⁶¹, gewinnen mehr an Bedeutung und haben andere Bedürfnisse als Großunternehmen, weil sie ebenso beschäftigungsrelevant wie auch regelmäßig ökonomisch stör anfällig sind. Flexible rechtliche Bedingungen sind für sie entscheidend, um sich auf veränderte Umstände einstellen zu können.

30 ● Dezentralisierung und Individualisierung

Weiter gilt, daß die die Arbeitsbeziehungen prägenden Strukturen dezentraler werden: Unternehmen und auch Betriebe wollen selbständige Regelungen für immer kleinere organisatorische Einheiten treffen – sei es als Krisenreaktion, sei es aus einem Innovationsbedürfnis.

Aber auch auf der Seite der Arbeitnehmer kommt es zu einer zunehmenden Individualisierung: Gerade besser qualifizierte Arbeitnehmer wechseln häufig den Arbeitsplatz und wollen ihr Arbeitsverhältnis paßgenau gestalten. Es kommt hier auch oft nicht nur zum Wechsel von einem Arbeitsverhältnis in das andere, sondern ebenso zu einem Wechsel von Arbeitnehmereigenschaft und Selbstständigkeit.

31 ● Flexible Arbeitsformen

Daß Arbeitseinsätze zunehmend flexibler gestaltet werden, zeigt der Wachstumsmarkt der (legalen wie illegalen) Arbeitnehmerüberlassung⁶².

32 ● Arbeitsrecht und gesellschaftliche Probleme

Aber das Arbeitsrecht sieht sich auch allgemeinen gesellschaftlichen Problemen ausgesetzt. Wie schafft man es, einen Einklang von Arbeitsverhältnis und immer fortschreitender Lebenserwartung und von Arbeitsverhältnis und Familien herzustellen? Hier stellt sich das Grundsatzproblem der Staatsverantwortung – und rechtlich die

60 BVerfG vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 177; ausführlich auch *Junker*, Gutachten zum 65. DJT 2004, B 9 ff.; dazu *Rieble/Klump*, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, JZ 2004, 817.

61 Die geltende KMU-Definition wurde in der Empfehlung des Rates der Europäischen Kommission 96/280/EG festgelegt.

62 IAB-Kurzbericht 14/2005. „Flexibilität des Arbeitsmarktes“.

Frage nach der Belastbarkeit der privatrechtlichen Vereinbarung durch Allgemeinwohlbelange⁶³.

● Arbeitnehmer und Arbeitslose

33

Bislang – und damit zu einem letzten Problembereich – hat das Arbeitsrecht versucht, zwei Gruppen zu berücksichtigen und deren Interessen in Einklang zu bringen: die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer. Mit der prekären Lage auf dem Arbeitsmarkt aber stellt sich heraus, daß eine weitere Gruppe hinzukommt: die Arbeitslosen⁶⁴. Deren Interessen müssen nicht immer mit denen der Beschäftigten übereinstimmen. Besonders trifft dies die Langzeitarbeitslosen⁶⁵ und die Nicht- oder Geringqualifizierten⁶⁶. Will man sich nicht mit einer beständigen hohen Sockelarbeitslosigkeit abfinden, dann ist auch dieser Grenzanbieter-Arbeitsmarkt⁶⁷ zu regeln – unter Berücksichtigung des Arbeitsrechts.

3. Rechtlich: Wie weit muß der Arbeitnehmerschutz gehen?

Das Hauptproblem bei einer Deregulierung ist m.E. aber ein rechtliches: Wer ein einfacheres, dereguliertes und transparentes Arbeitsrecht fordert, will zwangsläufig ein weniger an zwingender staatlicher Regelung. 34

Hier freilich kommt es zum Konflikt mit der Vorstellung, daß Arbeitsrecht den Arbeitnehmer schützen muß, weil er aus Gründen einer strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber bei einer freien Einigung auf der Stufe des Arbeitsvertrages grundsätzlich benachteiligt würde⁶⁸. Mit anderen Worten sei beim Arbeitsvertrag die Gewähr des Verhandeln zum Richtigen hin, die beim „normalen“ zivilrechtlichen Vertrag und vor allem beim Tarifvertrag herausgehoben und sogar als Legitimationsgrundlage herangezogen wird, nicht gegeben⁶⁹. Hier setzt sich die ideologische Diskussion rechtlich fort. 35

Deshalb hat man den Arbeitnehmerschutz positiv im Sinne eines Mindestschutzes und negativ als Sperrriegel für ungünstige abweichende arbeitsvertragliche Regelungen ausgebaut. Weil die ökonomische und politische Großwetterlage dies begünstigte, kam es in den ersten 40 Jahren der Bundesrepublik zu einem immer differenzierteren arbeitnehmerschützenden System, das von der Unternehmensmitbestimmung bis zum Arbeitsschutz reicht, und das seinen Schwerpunkt im

63 Dazu auch *Junker* (Fn.60).

64 Zum 31.7.2005 waren laut der Bundesagentur für Arbeit 4.772.082 Menschen arbeitslos, Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit (ANBA), August 2005, S. 1073.

65 Zum 31.7.2005 waren 38,1% aller Arbeitslosen langzeitarbeitslos, d.h. länger als ein Jahr ohne Arbeit, ANBA August 2005, S. 1073; siehe zu den Gründen für die hohe Sockelarbeitslosigkeit *Wagner/Jahn*, *Neue Arbeitsmarkttheorien*, 2. Aufl. (2004), S. 60.

66 Zum 31.7.2005 waren 38,8% aller Arbeitslosen ohne Ausbildung, ANBA August 2005, S. 1073.

67 Grenzanbieter deshalb, weil sich die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer gerade noch lohnen kann; vgl. *Sinn*, *Ist Deutschland noch zu retten?*, 2004, S. 115 ff.

68 *Reuter*, in: *Bydlinski/Mayer-Maly* (Hg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts*, (1994), S. 105, 115. Weite Teile des Schrifttums fahndeten geradezu nach fehlender Richtigkeitsgewähr.

69 *Däubler*, *Kollektive Durchsetzung individueller Rechte?* AuR 1995, 305: „Das moderne Arbeitsrecht verdankt seine Entstehung dem Versagen des Arbeitsvertrages“.

individualrechtlichen Bereich auf Sicherung und Ausbau des Bestandsschutzes für das Arbeitsverhältnis hat.

Dies führte zum einen zum Aufbau der Vielfalt der arbeitsrechtlichen Regelungen und damit zu dem, was heute als Überregulierung beklagt wird. Zum anderen aber zum Scheitern anderweitiger arbeitsvertraglicher Regelungen und deshalb zum Verlust von Arbeitsvertragsfreiheit, weil der Arbeitnehmerschutz, um die intendierte Wirkung zu entfalten, zwingend sein muß.

- 36** Die Entwicklungen laufen hier aber mittlerweile auseinander⁷⁰: Zwingendes Arbeitsrecht heißt immer Verbot anderer Gestaltungsmöglichkeiten. Diese Statik müssen aber heute diejenigen, die andere Lösungen wollen, nicht mehr in jedem Fall hinnehmen, weil der Gesamtarbeitsmarkt mittlerweile dem Zugriff des nationalen Gesetzgebers entzogen ist. *Adomeit* meint genau dies, wenn er schreibt, daß die Gesetze der Ökonomie stärker seien als die arbeitsrechtlichen Gesetze⁷¹. Auch hier kann sich der Arbeitnehmerschutz gegen den Arbeitnehmer wenden.

Deshalb ist die Frage nach der Stellung des zwingenden Arbeitnehmerschutzes und die sich daraus ergebende Frage nach dem in Rede stehenden Arbeitnehmerbild gleichsam die „Masterfrage“: Wird man also zukünftig die Einschränkung des Arbeitnehmerschutzes oder die Einschränkung der Privatautonomie zu rechtfertigen haben⁷²?

4. Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit

- 37** Weil es ohne Regulierung nicht geht, wird weiter rechtlich das Problem bestehen, das Bedürfnis nach Rechtssicherheit – durch strikte Anweisung des Gesetzes – mit dem Streben nach Einzelfallgerechtigkeit in Einklang zu bringen. Der Gesetzgeber hat in zentralen Bereichen des Arbeitsrechts gemeint, man müsse der Gerechtigkeit im Einzelfall den Vorzug vor der Rechtssicherheit geben und seine Entscheidungsbefugnis durch unbestimmte Rechtsbegriffe auf die Richter delegiert. Das ist eine Technik, die gemeinhin hingenommen wird mit dem Hinweis, daß der Gesetzgeber nicht alles regeln könne und eine Regelung auch nur annähernd in jedem Einzelfall eine Überregulierung zur Folge hätte – wieder mit den entsprechenden Folgen für die Überschaubarkeit des Gesetzes. Es wird also um die Frage gehen, wie bestimmt arbeitsrechtliche Gesetze sein müssen.

5. Europa!?

- 38** Ein letztes Problem kommt aus Brüssel. Europa sorgt für Regulierung. Wesentliche Änderungen des deutschen Arbeitsrechts sind Umsetzungen europäischer Richtlinien. Freilich gibt der europäische dem nationalen Gesetzgeber einen mehr oder weniger weiten Spielraum. Daß eine unbedachte Umsetzung zu mehr Verwirrung führen kann, zeigt die in jüngerer Zeit umgesetzte Ergänzung des § 613a BGB um die Ab-

70 *Preis*, Das Arbeitsrecht in der Gesetzgebungskrise, FS Wißmann (2005), S. 45.

71 Das Günstigkeitsprinzip neu verstanden, NJW 1984, 26; ebenso *P. Hanau*, (Fn. 22), S. 17: Die wirtschaftlichen Kräfte sind stärker als der Entlassungsschutz.

72 *Linnekohl*, ArbGg 29, 127, 131.

sätze 5 und 6⁷³. Hier hat man gerade die Informationspflichten wenig klar ausgestaltet, was zu einer langen Phase der Konkretisierung in der Rechtsprechung mit der in dieser Zeit bestehenden Unsicherheit für die Praxis zur Folge hat. Dies ist besonders mißlich, wenn man die Rechtsfolge einer unvollständigen oder falschen Information bedenkt: der Arbeitnehmer kann dann dem Betriebsübergang widersprechen, ohne die Monatsfrist einhalten zu müssen. Ein erheblicher Unsicherheitsfaktor⁷⁴. Deshalb wird es zukünftig darauf ankommen auch bei der Umsetzung europäischen Rechts die Anwenderfreundlichkeit zu beachten. Es ist eben eine Frage, wie umgesetzt wird.

III. Ausblick: Wege zur Deregulierung

1. Weniger Statik und mehr Rechtssicherheit

Die Mängel des bestehenden Arbeitsrechts wurden gezeigt: Intransparenz und Statik. Die zu beachtenden Hauptprobleme ebenfalls. Insgesamt ergibt sich daraus der Weg, den eine Deregulierung gehen muß – er ist zweispurig: Einmal geht es um Abbau zwingender Regelungen dort, wo dies möglich ist und zum anderen klare und rechtssichere Regelungen dort, wo Gesetzgebung notwendig ist. 39

2. Stärkung des Arbeitsvertrages

Sowohl aus dem Intransparenzvorwurf wie auch aus dem Flexibilitätsbedürfnis folgt, daß eine grundlegende Neuregulierung des Arbeitsrechts verstärkt Freiheiten für die vertragliche Vereinbarung zulassen muß⁷⁵. Dies führt zu einem weniger an gesetzlichen Vorgaben – und damit zu einem übersichtlicheren Recht – und zugleich zu einer Stärkung des Arbeitsvertrages im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip. 40

a. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Verfassung stünde einer solchen Lockerung des zwingenden Rechts nicht entgegen. Weil auch die Arbeitsvertragsfreiheit des Grundgesetzes material und nicht formal zu gewährleisten ist⁷⁶, ist korrigierend auch in das privatrechtliche Vertragsgefüge einzugreifen, wenn durch eine deutliche Unterlegenheit einer Vertragspartei die Ausübung der Vertragsfreiheit gerade nicht mehr gegeben ist⁷⁷. 41

73 Durch Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23.3.2002, BGBl. I, S. 1163.

74 Dazu *Franzen*, Informationspflichten und Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang nach § 613a BGB, RdA 2002, 258; *Rieble*, Widerspruch nach § 613a Abs. VI BGB – die (ungeregelte) Rechtsfolge, NZA 2004, 1; *Riesenhuber*, Informationspflichten bei Betriebsübergang: Fehler bei der Umsetzung der Richtlinie und Anlaß für eine grundsätzliche Neuordnung, RdA 2004, 340.

75 *Picker*, Privatautonomie und Kollektivautonomie, Symposium für Richardi (2003), S. 25; *Richardi*, Arbeitsvertrag und Tarifgeltung, ZfA 2003, 655; *Junker*, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305; *Heinze*, Wege aus der Krise des Arbeitsvertragesrechts – Der Beitrag der Wissenschaft, NZA 1997, 1.

76 BVerfG vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, BVerfG vom 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242 – AP Nr. 65 zu Art 12 GG = NZA 1990, 389

77 BVerfG vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – BVerfGE 89, 214, 233 = NJW 1994, 36, 38.

Dies gebietet das verfassungsrechtliche Untermaßverbot⁷⁸. Auf der anderen Seite aber steht das Übermaßverbot⁷⁹, das Prinzip der praktischen Konkordanz der einzelnen Grundrechtspositionen⁸⁰ – und vor allem das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Der Gesetzgeber darf nicht über die Stränge schlagen – er muß die Freiheit der Vertragsparteien beachten und in Ausgleich mit anderen zu schützenden Positionen bringen – auch im Arbeitsrecht nicht. Wo ein Eingriff nicht erforderlich ist, darf der Gesetzgeber grundsätzlich nicht eingreifen⁸¹, weil eine Regulierung in diesen Fällen unverhältnismäßig ist.

- 42** Der Gesetzgeber hat die einschlägigen Grundrechte⁸² – Handlungs- und Vertragsfreiheit, positive und negative Koalitionsfreiheit, Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit – zu beachten und im Wege der praktischen Konkordanz zum Ausgleich zu bringen⁸³. Dort etwa, wo wie bei den Beschäftigungsverboten im MuSchG die Gesundheit der Arbeitnehmerin auf dem Spiel steht, muß er sogar zu Verbotsgesetzen greifen⁸⁴. Aber das scheinbare Dogma, daß für den Arbeitnehmerschutz einseitig zwingende Normen grundsätzlich notwendig sind, ist jedenfalls verfassungsrechtlich durchaus ambivalent, weil es nämlich zuerst die Vertragsfreiheit beschneidet - auch die des zu schützenden Arbeitnehmers.

Auch wenn dem Gesetzgeber ein großer Einschätzungs- und damit Regelungsspielraum verbleibt, und das Grundgesetz nur äußerste Grenzen zieht⁸⁵, ist die sich im Gesetz abbildende derzeitige Interessengewichtung nicht zementiert⁸⁶. Dies gilt für verfassungsrechtliche Überlegungen, vielmehr noch für rechtspolitische.

b. Von der strukturellen zur punktuellen Unterlegenheit?

- 43** Freilich von vornherein in eine Richtung determiniert ist aber das Ergebnis einer Interessenabwägung, wenn man dem Arbeitnehmer pauschal eine Position der strukturellen Unterlegenheit zuerkennt⁸⁷. Dann wird man von vornherein mißtrauisch gegenüber dem Arbeitsvertrag als Regelungsmittel und rechtspolitisch aber auch verfassungsrechtlich wird eine Öffnung der zwingenden Regelungen schwer. Dann heißt die Frage nicht, wie rechtfertige ich einen Eingriff in die Vertragsfreiheit, sondern wie rechtfertige ich eine Lockerung des Arbeitnehmerschutzes. In Frage

78 *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, in: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 159 ff.; *Dieterich*, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129, 130.

79 *P. Hanau*, (Fn. 22) S. 21.

80 Dazu *Hergenröder*, Das Spannungsverhältnis von Art. 12 GG und 14 GG im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, FS Hadding (2004), S. 81.

81 *Dieterich*, (Fn. 78) RdA 1995, 127, 134.

82 Dazu *Söllner*, Der verfassungsmäßige Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 14.

83 *Dieterich*, (Fn. 78) RdA 1995, 127, 131.

84 *Buchner/Becker*, Mutterschutzgesetz, Bundeserziehungsgeldgesetz, 7. Aufl. (2003), § 3 MuSchG Rn. 30 f.

85 *Dieterich*, (Fn. 78) RdA 1995, 129, 131.

86 *Papier*, Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 2000, 1, 4.

87 Etwa BAG vom 21.11.2001 – AP Nr. 31 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe = EzA § 611 BGB Inhaltskontrolle Nr. 9.

steht also das Arbeitnehmerbild – bei dessen Beschreibung auch heute noch Partikel der Verelendungsthese zu gewärtigen sind⁸⁸.

Unbestreitbar gibt es Arbeitnehmer-Gruppen, die gegenüber dem Arbeitgeber in einer schlechten, einer asymmetrischen Verhandlungssituation sind, deren Vertragsfreiheit kann nur durch zwingendes Arbeitsrecht geschützt werden. Dies wird insbesondere für diejenigen gelten, die als Geringqualifizierte auf den Arbeitsmarkt drängen und deren Integration in den ersten Arbeitsmarkt so große Schwierigkeiten bereitet. Gerade für diese ist ein zwingender Mindestschutz notwendig.

Auf der anderen Seite aber ist an den differenzierten Arbeitsmarkt zu erinnern, wo insbesondere bei gut- bis hochqualifizierten Arbeitnehmern von einer strukturellen Unterlegenheit nicht mehr zwangsläufig gesprochen werden kann. Ebenso weist die REGAM-Studie darauf hin, daß Kündigungen des Arbeitsverhältnisses zumeist nicht von Arbeitgebern, sondern von Arbeitnehmern ausgesprochen werden⁸⁹. Wenn man berücksichtigt, daß eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers arbeitsförderungsrechtlich regelmäßig die Sperre der staatlichen Unterstützung zur Folge hat⁹⁰, dann führt dies zur Überlegung, daß es auch einige Arbeitnehmer gibt, die sich durch Arbeitsplatzwechsel verbessern – deren Marktmacht also belastbar sein muß. Fehlt es diesen Arbeitnehmern immer an der erforderlichen Übersicht und Flexibilität bei Vertragsabschlüssen?⁹¹ Arbeitnehmer in Kleinstunternehmen unterfallen nicht dem Kündigungsschutz – in diesem Bereich hat man aber kein offenkundiges Ausnutzen dieses Zustandes durch den Arbeitgeber festgestellt.

Dies alles sind jedenfalls keine eindeutigen Indizien dafür, daß man Arbeitnehmer, die eines überbordenden Schutzes durch das Arbeitsrecht nicht bedürfen, als absolute Ausnahmen bezeichnen könnte. In der Tat: Wie schutzbedürftig eine Person ist, hängt davon ab, wieviel Selbstverantwortung man ihr aufbürden will⁹² – es geht hier um das Arbeitnehmerbild schlechthin⁹³.

Vielleicht hilft hier in der Tat ein Blick auf die Entwicklung des Verbraucherschutzrechts: Die dortige Unterlegenheit des Verbrauchers ist – jedenfalls im Ausgangspunkt – nicht als strukturelle, sondern mehr als punktuelle aufzufassen. Anknüpfend an bestimmte Situationen (etwa ein Haustürgeschäft oder die Verwendung von AGB) wird ein Schutzbedarf angenommen und gesetzlicher Ausgleich verschafft⁹⁴. Im Arbeitsrecht aber wird pauschal und nur anknüpfend an den Arbeitnehmerstatus ein solcher Schutzbedarf angenommen. Gerade dies läßt wenig situationsbedingte Flexibilisierung zu – man muß also mehr auf eine punktuelle und nicht auf eine strukturelle Ungleichgewichtslage blicken.

88 Dazu *Reuter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung des Arbeitsrechts, in: FS Wiedemann (2002), S. 449, 450.

89 *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, REGAM-Studie (Fn. 33) S. 48: 39% aller Beendigungen eines Arbeitsverhältnisses sind Arbeitnehmerkündigungen; 32% Arbeitgeberkündigungen; 10% Aufhebungsverträge; 19% Befristungsende.

90 § 144 SGB III.

91 So *Dieterich*, RdA 1995, 129, 135.

92 *Fastrich*, Vom Menschenbild des Arbeitsrechts – Eine Skizze, in: FS Kissel (1994), S. 193, 195.

93 *Heinze*, (Fn. 75), NZA 1997, 1, 2.

94 Dazu *Neumann*, Bedenkzeit vor und nach Vertragsschluß, (2005), S. 29 ff.

c. Ausgangspunkt: Privatrechtliche Vereinbarung

- 46 Und deshalb sollte der Ausgangspunkt für Regelungen im Arbeitsrecht die privat-autonome Entscheidung sein⁹⁵. Das ist im Falle des Vertragsabschlusses in reiner Form gegeben – Berufswahl und Abschluß sind frei.
- 47 Aber: Die Vertragsfreiheit gilt auch für die Entscheidung, einen Vertrag zu beenden. Und zwar zweiseitig durch Aufhebungsvertrag wie auch einseitig durch Kündigung, wenn diese nicht (wiederum vertraglich!) ausgeschlossen ist. Dieser schlichte Gesichtspunkt wird freilich heute kaum gesehen, sondern der massive Kündigungsschutz wird oft als gegeben akzeptiert und von der Rechtsprechung weiter ausgebaut. Vom Ausgangspunkt der Privatautonomie kommend aber muß man fragen, ob eine Einschränkung der Kündigungsfreiheit gerechtfertigt ist oder nicht.
- 48 Eine Besinnung auf den Vertrag als arbeitsrechtliches Regelungsmittel hat auch den Vorteil, daß die Arbeitsvertragsparteien wissen, was sie vereinbart haben – und nicht übermäßig auf „externes“ Gesetzesrecht zurückgreifen müssen. Dies entspricht der Forderung nach mehr Transparenz.
- 49 Diese Besinnung auf die Vertragsfreiheit zeigt aber auch, daß es nicht um ein Alles-oder-Nichts gehen kann. Es muß dort geschützt werden, wo dies notwendig ist, weil es um materiale, nicht um bloße formale Freiheit geht. Aber die Sichtweise müßte eine andere werden und die Entscheidung des Einzelnen müßte zum Ausgangspunkt einer Deregulierung des Arbeitsrechts gemacht werden. Außerdem gibt es auch dann, wenn man freiere Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien zuläßt, noch Kontrollmöglichkeiten – etwa durch die §§ 134, 138 BGB, aber vor allem durch die AGB-Kontrolle. Auch hier heißt also Vertragsfreiheit nicht freies Spiel der Kräfte.

d. Möglichkeit: Stufensystem

- 50 Weil der Arbeitsmarkt fragmentiert ist und es sowohl innerhalb der Arbeitnehmer wie auch der Arbeitgeber mehr und weniger schutzbedürftige Beteiligte gibt, schlug *Heinze* bereits 1997 vor, das Alles-oder-Nichts-Prinzip des Arbeitsrechts zu hinterfragen und statt dessen Arbeitsrecht und freies Dienstrecht so miteinander zu verknüpfen, daß fließende Übergänge geschaffen werden können. Das Arbeitsrecht als Schutzrecht soll nach diesen Vorstellungen gleichsam in Stufen geteilt werden und nur bei den schutzbedürftigsten Arbeitnehmern ganz Anwendung finden⁹⁶. Zwingendes Arbeitsrecht wird so in angemessenen Dosen verabreicht⁹⁷. Dies ist nichts anderes als die tatsächlichen Bedürfnisse des Arbeitsmarktes mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu verknüpfen. Dabei geht es aber tiefer nicht nur um die Frage, ob Regulierungen überhaupt im Arbeitsrecht erforderlich sind, sondern darüber hinaus auch darum, ob nicht nach Arbeitnehmergruppen zu differenzieren ist. Dies ist gleichsam eine doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

95 *P. Hanau*, meint, daß man es viel zu lange hingenommen habe, daß sich das Arbeitsrecht in großem Stil über die Vertragsfreiheit hinwegsetzt, (Fn. 22), S. 21; auch *Thüsing*, (Fn. 25) S. 559, 585.

96 *Heinze*, (Fn. 75), NZA 1997, 1, 3.

97 Im Ansatz auch *P. Hanau*, (Fn. 22), S. 22

In der Tat könnte ein solches Modell eine Antwort auf die differenzierenden Interessen innerhalb der Arbeitnehmer und Arbeitgeber sein und darüber hinaus auch flexibel auf die jeweiligen Anforderungen des Arbeitsmarktes reagieren. Es leuchtet niemandem ein, warum ein Chefarzt grundsätzlich arbeitsrechtlich ebenso behandelt werden muß wie eine Krankenschwester.

Und dieses Stufenmodell ist *de lege lata* bereits angelegt. Der besondere Schutz von **51** kleinen Unternehmen durch die verschiedenen Schwellenwerte ist nichts anderes: Hier nimmt nur anders herum der Schutz des Arbeitgebers ab, wenn dessen Leistungsfähigkeit steigt und die Schutzposition des Arbeitnehmers nimmt zu. Und in diese Richtung der Stufenlösung gehen auch Vorschläge, etwa die Regelungsdichte des BetrVG aufzulockern und bestimmte Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates erst ab einer Belegschaftszahl von 100 Arbeitnehmern greifen zu lassen⁹⁸.

Im Individualarbeitsrecht freilich treten Probleme auf, deren Lösung nicht ganz so **52** einfach ist. Das Hauptproblem ist das nach den Abgrenzungskriterien, die von einer Stufe zur anderen führen. Ab wann soll also etwa der Schutz des BUrlG, des AZG oder des EFZG gelockert werden, oder zumindest zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien stehen?

Vorgeschlagen werden Kriterien der Entgelthöhe, Maß und Intensität des Direktionsrechts, Maß der Zeitsouveränität, Freiheit zur Arbeitsplatzwahl⁹⁹. Bis auf die Entgelthöhe kommen diese Kriterien bekannt vor, sie begegnen allesamt bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft. Wer die Probleme bei der Abgrenzung dieser von der freien Mitarbeiterschaft aufgrund dieser Kriterien kennt, weiß daß es bei Implementierung eines solchen Stufensystems anhand dieser Parameter an den einzelnen Abstufungen zu den Auseinandersetzungen kommen wird, die jetzt schon an der Grenze Arbeitnehmer-Selbständiger ausgetragen werden¹⁰⁰. Anders gewendet: Das Streitpotential kann sich vervielfachen.

Dieses Problem besteht bei dem Abgrenzungskriterium Entgelthöhe nicht¹⁰¹. Warum **53** soll jemand, der 10.000 € im Monat verdient und sich privat absichern kann, auf den Schutz der Entgeltfortzahlung angewiesen sein? Eine solche Abstufung würde sich an das System der gesetzlichen Sozialversicherung anlehnen¹⁰². Hier haben wir bereits jetzt nichts anderes. Zum anderen aber kann dann – ganz marktgängig – der Preis das verminderte Schutzniveau bestimmen.

Freilich wirft ein solches Stufensystem nicht nur die Frage auf, wo genau **54** abzugrenzen ist, sondern es erhöht ebenso wieder die Regulierung, wenn für jeden Arbeitnehmer gesetzlich ein anderes Arbeitsrecht gilt. Hier liegen wiederum Gefahren für die Rechtssicherheit. Insgesamt aber ist dieser Gedanke, gerade vor dem

98 *Löwisch*, Vereinfachung und Beschleunigung im Arbeitsrecht – 15 Vorschläge, BB 2005, Heft 31, Seite I.

99 *Heinze*, (Fn. 75), NZA 1997, 1, 5.

100 BAG vom 27.7.1994 – 4 AZR 534/93 – AP Nr. 72 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 901.

101 *P. Hanau*, (Fn. 22) S. 22.

102 Siehe die Regelungen zur Pflichtversicherungsgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 SGB V.

Hintergrund der indifferenten Zusammensetzung des Arbeitsmarktes, ein weiterführender – und er führt zum Bild von der punktuellen Prüfung der Ungleichgewichtslage.

e. Arbeitsvertrag und Tarifvertrag

- 55** Aber auch für die Frage, ab wann sich der Arbeitsvertrag gegenüber dem Tarifvertrag durchsetzen kann¹⁰³, spielt die Privatautonomie eine Rolle: Soll die Koalitionsbetätigungsfreiheit wirklich weiter gehen als die Freiheit der Arbeitnehmer, in deren Dienst sie steht?
- 56** Ausgangspunkt ist bekanntlich die Möglichkeit sogenannter „Betrieblicher Bündnisse für Arbeit“, also die negative Abweichung vom zwingenden Flächentarifvertrag durch Vereinbarung von Arbeitgeber, Arbeitnehmern und/oder Betriebsrat zur Abwendung einer betrieblichen Zwangslage¹⁰⁴. Das BAG lehnt die Zulässigkeit einer solchen Abweichung bekanntlich ab, weil dies gegen das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG verstoße¹⁰⁵.

Dabei bezieht sich die Diskussion auf die betrieblichen Bündnisse zur Betriebsanierung – gerade vor dem Hintergrund einer grundlegenden Deregulierung des Arbeitsrechts liegt der Kern der Debatte aber tiefer. Auch hier geht es um die Gewichtung von Einzelvertrags- und Tarifvertragsautonomie.

- 57** Versteht man diese richtig, so kommt man auch hier zum Ergebnis, daß ein zukünftiges Arbeitsrecht von der heute herrschenden Interpretation des Günstigkeitsprinzips abweichen und die Verantwortung der Arbeitsvertragsparteien vermehrt stärken muß. Wenn der Tarifvertrag ein privatautonom geschlossener Kollektivvertrag ist¹⁰⁶ und damit nichts anderes als ein Mittel zur Ausübung kollektiver Privatautonomie, dann muß man fragen, welche von zwei privatautonom geschlossenen Vereinbarungen sich durchsetzen soll, wenn der Tarifvertrag in Konkurrenz zum Arbeitsvertrag tritt. Es liegt jedenfalls nicht auf der Hand, daß sich in diesen Fällen immer der Tarifvertrag durchsetzen muß – vielmehr liegt es nach dem Subsidiaritätsprinzip näher, die einzelvertragliche Vereinbarung nicht generell außen vor zu lassen, wenn diese sich nicht in den engen Grenzen des bestehenden

103 Dazu auch *Hans Hanau*, Die Entwicklung des Tarifvertragsrechts zwischen Neuinterpretation und gesetzgeberischer Neuregelung, S. 105.

104 Dazu *Zöllner*, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 265, 272; von *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Verlagerung tariflicher Regelungskompetenzen auf den Betrieb, ZfA 1988, 293; *Löwisch*, Neuabgrenzung von Tarifvertragssystem und Betriebsverfassung, JZ 1996, 812; *Federlin*, Die Zukunft der betrieblichen Bündnisse für Arbeit, 2. FS BAG (2004), S. 645, 648 ff.; *Heise*, Günstigkeitsprinzip und betriebliche Bündnisse für Arbeit, 2. FS BAG (2004), S. 657; *Raab*, Betriebliche Bündnisse für Arbeit – Königsweg aus der Beschäftigungskrise?, ZfA 2004, 371, 372; *Hromadka*, Gesetzliche Tariföffnungsklauseln – Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?, NJW 2003, 1273; *Walker*, Beschäftigungssicherung durch betriebliche Bündnisse für Arbeit, FS Wiese (1998), S. 603.

105 BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = EzA Art. 9 GG Nr. 65 = NZA 1999, 887.

106 *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff.; *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, 39 ff.

Günstigkeitsprinzips bewegt. Hier spielt auch eine Rolle, daß gerade der Arbeitnehmer bei Eintritt in die Gewerkschaft seine Grundrechte eben nicht „an der Pforte abgeben“ hat. Die Möglichkeit, auch jetzt noch Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber zu schließen, folgt auch bei deren negativem Abweichen vom Tarifvertrag jedenfalls grundsätzlich immer noch aus den Art. 2, 12 GG.

Dies muß die Grundvorstellung sein. Freilich ist der geschlossene Tarifvertrag zu berücksichtigen, insbesondere gebietet es die Interessenlage, daß der Arbeitgeber sich nicht durch Zwang vom Flächentarifvertrag, den ja immer auch der Arbeitgeberverband unterzeichnet, gleichsam mit Verweis auf die Privatautonomie des Arbeitnehmers verabschiedet. Dies wäre in der Tat eine große Gefahr für den Flächentarifvertrag. Helfen könnte hier – wie *Rieble* vorgeschlagen hat¹⁰⁷ – ein gleichsam als Überdruckventil fungierendes einseitiges Rückkehrrecht des Arbeitnehmers zum Tarifvertrag. **58**

Letztlich stärkt eine starke Stellung des Einzelvertrages gegenüber dem Gesetz auch den Tarifvertrag – weil die Arbeitnehmer dann, wenn sie mit ihren Arbeitsbedingungen unzufrieden sind, nicht beim Gesetzgeber Schutz suchen können, sondern bei den Gewerkschaften, um ihre Position gemeinsam durchzusetzen. Dies bedeutet dann auch mehr Innovation für den Tarifvertrag. Hinzu kommt: was für die Arbeitsvertragsfreiheit gilt, gilt auch für die Tarifvertragsfreiheit – in diese darf durch zwingende Regelungen noch viel weniger stark eingegriffen werden.

3. Klare und bestimmte Gesetzgebung

Eine sinnvolle Neuordnung des Arbeitsrechts muß also zum einen die Frage stellen, wo überhaupt geregelt werden muß. Zum anderen aber ist auch notwendig, notwendige Regelungen rechtsicher zu gestalten. **59**

a. Mehr Rechtssicherheit durch klare Gesetzgebung

Das Streben nach der gerechten Entscheidung im Einzelfall, gesetzestechnisch umgesetzt durch unbestimmte Rechtsbegriffe und durch die Gesetzgebung aufgenommen durch erhebliche Rechtsfortbildungen, steht aber in Spannung zu dem Wunsch nach Rechtssicherheit. Deshalb ist ein Weg der sinnvollen Deregulierung nur der, der durch möglichst exakte gesetzliche Regelungen Handlungsanweisungen für den Rechtsanwender garantiert. **60**

Verfassungsrechtlich steht die Frage der Bestimmtheit des Gesetzes im Raum. Das BVerfG hat (jedenfalls in der Theorie) eine recht genaue Ansicht davon, wann ein gesetzgeberischer Akt die notwendige Bestimmtheit hat und wann nicht. Gestützt auf das aus Art. 20 GG gefolgerte und als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verstandene Bestimmtheitsgebot, hat es ausgeführt, daß dieses Gebot solche Gesetze fordere, aus denen der Bürger seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, daß er sein Verhalten danach auszurichten vermag – insbesondere, wenn eine hohe Eingriffsintensität besteht.¹⁰⁸ In der Praxis läßt das **61**

107 *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 39 ff.

108 BVerfG vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130, 145 = NJW 1991, 1471.

Gericht freilich diesen Grundsätzen wenige Taten folgen, weil es einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot nur sehr selten und bei „unerträglicher“ Unbestimmtheit annimmt¹⁰⁹.

62 Zum einen gehört dazu eine Gesetzgebung, die eine möglichst deutliche und klare Sprache verwendet, also ein transparentes Recht im Wortsinne. Ein Hinweis darauf ist keineswegs überflüssig, wie auch viele arbeitsrechtliche Gesetze erkennen lassen. Ist es wirklich hinzunehmen, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelmäßig alleine nicht in der Lage sind, zu erkennen, wie eine Arbeitsbeziehung rechtlich zu gestalten ist?

63 Weiter folgt aus dem Bestimmtheitsgebot, daß das, was man als unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet¹¹⁰, – und damit kann man alle Begriffe bezeichnen, die sich erst nach einer rechtlichen Bewertung durch die Gerichte erschließen – nicht pauschal hingenommen werden kann, sondern je nach Grad der Unbestimmtheit gerechtfertigt werden muß. Hieran knüpft das BVerfG die Forderung, daß der Gesetzgeber das leisten muß, was an generell-abstrakter Regelung praktisch möglich ist.¹¹¹ Das heißt im Ergebnis, daß zunächst der Gesetzgeber nach dem größtmöglichen Grad der Bestimmtheit suchen muß – und eben nicht der Richter.

Der Einwand, der an dieser Stelle für die unbestimmten Rechtsbegriffe in die Waagschale geworfen wird, daß erst durch die das rechtsstaatliche Gebot der gerechten Entscheidung im Einzelfall verwirklicht werden könne¹¹², sticht viel weniger, wenn man sich fragt, wo der Maßstab für eine solche billige Entscheidung herkommt, nämlich aus dem Gesetz. Und ein wesentlicher Faktor der Gerechtigkeit – der man, wenn sie auch nur verschwommen erscheint, zumindest nacheifern kann – ist die Gleichheit vor dem Gesetz, die wiederum durch unvorhersehbare Entscheidungen gefährdet ist.

64 Hinzu kommt: Stehen sich Billigkeit und Rechtssicherheit gegenüber – so ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, sich immer für die Billigkeit zu entscheiden. Dies wäre letztlich ein Aufgeben der Rechtssicherheit. Nach der Rechtsprechung des BVerfG reichen vernünftige Gründe, wenn sich der Gesetzgeber für eine klare, rechtssichere Lösung und gegen eine auf den Einzelfall bezogene Lösung entscheidet.

Freilich weiß auch der Gesetzgeber nicht alles, ohne unbestimmte Rechtsbegriffe wird es nicht gehen. Deshalb ist es unbedenklich, wenn er, weil er selbst zu keiner konkreteren Fassung in der Lage ist – zunächst auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreift, und es dem Rechtsleben, also zuerst der Gerichtsbarkeit überläßt, eine Konkretisierung herbeizuführen.

65 Nun wird man einwenden, daß dies letztlich ein Mehr an gesetzlicher Regelung bedeute, wenn der Gesetzgeber vermehrt in die Pflicht genommen wird. Das ist

109 BVerfG vom 24.11.1981 – 2 BvL 4 /80 – BVerfGE 59, 104, 118 = NJW 1982, 1275.

110 Zur Terminologie *Papier/Möller*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997), S. 179, 185.

111 BVerfG vom 25.03.1981 – 2 BvR 1258/79 – BVerfGE 57, 9, 22 = NJW 1981, 1154.

112 BVerfG vom 24.11.1981 – 2 BvL 4 /80 – BVerfGE 59, 104, 115 = NJW 1982, 1275.

richtig, aber in der Gesamtbetrachtung im Ergebnis unschädlich. Denn zum einen erfolgt eine solche Regulierung bereits heute dort, wo es um die gerichtliche Ausgestaltung unbestimmter Rechtsbegriffe geht – nur eben eher im Verborgenen, nämlich im arbeitsgerichtlichen Prozeß. Zum anderen aber heißt das Gesagte nur, daß der Staat dort wo er reguliert, dies bestimmt zu tun hat. Das ist keine Verpflichtung zur Regulierung, sondern nur ein Gebot zur bestimmten Gesetzgebung dort, wo sie angebracht ist – zum wirklichen Schutz der Vertragsfreiheit oder der legitimer Dritt- oder Allgemeininteressen. Sonst gibt es keine Lücke im Gesetz.

Warum etwa steht in § 613a Abs. 5 BGB nicht, wann Erwerber und wann Veräußerer die Informationspflicht trifft, warum ist nicht vermerkt, daß der Widerspruch des Arbeitnehmers *ex tunc* wirkt und nicht *ex nunc*? Wie man sieht, geht es nicht um unbedachten Rechtspositivismus, sondern um klare Gesetzgebung.

b. Erster Schritt: Vereinfachung ohne Senkung des Schutzniveaus

Weil kaum ein Rechtsgebiet so reformresistent ist wie das Arbeitsrecht, wird man mit einer grundlegenden Reform des Arbeitsrechts in der nächsten Zeit nicht rechnen können. Das Ziel, mehr Rechtssicherheit im Arbeitsrecht zu gewährleisten, kann aber auch abseits der großen Kontroversen verfolgt werden, in dem zunächst eine Deregulierung ohne wesentlichen Abbau von Arbeitnehmerschutzrechten erfolgt. Bereits die Entschlackung des Arbeitsrechts von überholten, überalterten oder schlicht überflüssigen Regelungen kann Entlastung bringen. Dabei müssen Verfahrensvereinfachung und Übersichtlichkeit im Vordergrund stehen. **66**

Dies zu bewerkstelligen ist zwar eine Tätigkeit, die den Charakter einer Sisyphos-aufgabe hat, gleichwohl ist sie durchführbar, wie ein paar Beispiele belegen mögen: **67**

Werden Verfahren in die Länge gezogen, so ist Konzentration auf das Wesentliche notwendig. Weshalb konzentriert man dann nicht im Sonderkündigungsschutz die zu klärenden Rechtsfragen in einem, nämlich dem arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren und läßt weiterhin im Extremfall drei Verfahren – nämlich das arbeitsgerichtliche, das verwaltungsgerichtliche und das sozialgerichtliche – nebeneinander laufen? Der Arbeitsrichter ist in der Lage, insbesondere auch die Entscheidung des Integrationsamtes oder der Widerspruchsbehörde zu überprüfen.

Jenseits inhaltlicher Bedenken bereiten Schwellenwerte dem Rechtsanwender weniger Probleme, wenn sie rechtstechnisch einheitlich gestaltet sind. Dabei kommt es gar nicht auf die Frage der Größe der Schwellenwerte an, für die hier beachtliche Deregulierung ohne Schutzniveauverlust reicht es zunächst bereits, wenn der Rechtsanwender weiß, was er unter Stichworten wie „in der Regel“ zu verstehen hat. Warum manche Schwellenwerte „bis“ zu einer bestimmten Arbeitnehmeranzahl zählen, andere aber „ab“ einer solchen, mag Arbeitsrechtler zu einem Achselzucken verleiten, es wäre aber auch nicht schwer, dies zu vereinfachen.

Dies nur *pars pro toto*. Es gibt dieser Deregulierungsmöglichkeiten noch etliche. Die genannten reichen aus, um zu zeigen, was gemeint ist: das man auch jenseits des „Kampfes um`s Prinzip“ Möglichkeiten dazu hat, das Arbeitsrecht ein wenig handhabbarer zu machen.

IV. Schluß

- 68** *Impossibilium nulla est obligatio*. Die Darstellung kann keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, sie mußte bruchstückhaft bleiben und sich auf einige wesentliche Punkte konzentrieren.

So notwendig eine Deregulierung des Arbeitsrechts ist, so schwer wird man sich auf den einzuschlagenden Weg einigen können. Jenseits einer bloßen Entschlackung des Arbeitsrechts ohne Beeinträchtigung des Schutzniveaus wird dies nicht ohne grundlegende Neuordnung des Arbeitsrechts gehen. Die vorgetragenen Überlegungen sollten Diskussionsanstoß sein – mögliche Folge wäre eine transparente arbeitsrechtliche Kodifikation.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble:

Ich möchte noch einen weiteren Punkt ausführen, daß nämlich unklares Recht auch eine Vermachtungsfunktion hat, weil der Betriebsrat den Arbeitgeber zum Beispiel drauf hinweisen kann: Widerspruch, § 102 BetrVG, das ist angesichts des Kündigungsrechts ganz unsicher, ob du damit durchkommst. Und daß man sozusagen zielgerichtet aus Unsicherheiten solche Verhandlungspositionen generieren kann. Vom Vergleich im ordentlichen Verfahren kennen wir das. Aber die Frage an Sie: Ist das eher positiv zu sehen, daß solche Verhandlungsmacht generiert wird oder würden Sie da mit Blick auf die von Ihnen betonte Rechtsicherheit auch ein Fragezeichen machen? **69**

Dr. Steffen Klumpp, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

Man wird differenzieren müssen. Nun ist es natürlich klar, daß Verhandlungspositionen und Spielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen, bei Recht überhaupt immer gegeben sind. Auslegung von Recht ist immer möglich und sich die richtige jeweils passende Rechtsposition zu eigen zu machen, das ist auch legitim. Eine andere Frage vor dem Hintergrund der Bestimmtheit ist aber, ob es wirklich notwendig ist, daß Recht so intransparent ist, daß sie einen solchen Rückzug auf die Unkenntnis, auf den Graubereich geradezu herausfordert. Sie haben es angesprochen, gerade beim Kündigungsschutz zum Beispiel kann man es ja einmal probieren, ins Verfahren zu gehen. Ein Vergleich wird wohl herauspringen, weil man es eben nicht ganz genau sagen kann. Dann sitzt man in der Güteverhandlung und man einigt sich lieber, weil es könnte ja auch schiefgehen – auf der einen Seite. Oder man drängt zum Abfindungsvergleich – gerade aus diesem Grund. Also, man wird da eine klare Scheidelinie ziehen müssen. Jedenfalls aus grundsätzlicher Sicht ist so ein Graubereich eine Gefahr und funktionswidrig. Sei es nun in der betrieblichen Mitbestimmung oder sei es etwa im Kündigungsschutz – aus intransparentem Recht läßt sich immer eine gewisse Druckposition aufbauen, weil man der anderen Partei immer vorhalten kann, daß es doch recht ungewiß ist, ob ein geltendgemachter Anspruch, eine rechtliche Position vor Gericht hält. Benachteiligt ist dann immer die Partei, die eine schnelle, sichere Lösung anstrebt oder anstreben muß. **70**

Professor Dr. Johannes Peter Francken, Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg:

Zu Ihren Ausführungen zu § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz, daß eben da Flexibilität eingefordert werden müsse, daß bei häufigen Kurzerkrankungen das Problem zur Zeit in den Kündigungsschutzprozeß verschleppt würde: Ich glaube hingegen, daß wir bei dieser häufigen Kurzerkrankung ein sehr differenziertes Entgeltfortzahlungsprinzip haben und daß der Preis, den wir dafür zahlen müssen, daß hier Unabdingbarkeit besteht, eben der Kündigungsschutzprozeß ist. Also, ich halte es **71**

für schwierig, hier Flexibilität einzufordern, weil der häufige Kurzerkrankter da in eine Ecke gedrängt wird, wo er sich nur schwerlich noch zu helfen weiß. Ich glaube eher, daß die Lösung – wenn überhaupt – da liegt, daß er ins Erstattungsverfahren bei der Krankenkasse reinkommt und ihm eben nicht die Rechte des § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz genommen werden.

Steffen Klumpp:

- 72** Das ist eben die Frage. Und das ist auch das, was ich angesprochen habe, daß alles in diesem Systemwechsel letzten Endes mit allem zusammenhängt. Sie sagen, er wird reingedrängt in die Ecke. Da stehen wir ja gerade wieder beim Arbeitnehmerbild. Inwieweit muß man dem Arbeitnehmer auch zugestehen und ihm Verantwortung auferlegen, daß er sich nicht drängen läßt.

Insbesondere im Hinblick auf die Stufenregelung, deren Schwierigkeit ich auch genannt habe und die ich gar nicht verkennen will, müßte man eben gerade in dieser Beziehung eine flexible Lösung möglich machen. Und daß dieses steinerne Dogma, daß es zwingend ist und daß man gerade in diesem Bereich dann den Arbeitnehmer nicht in Ecken drängen darf und ihn deshalb schützen muß, meines Erachtens für eine Deregulierung anzugreifen ist, weil sonst eine wirkliche Deregulierung einfach nicht möglich ist. Sie kommen da immer wieder auf diese – ich sage einmal – Metaebene zurück, wo Sie eben überprüfen müssen, wieweit die Verantwortung gehen kann und wo der Schutz anfangen muß. Es ist jetzt eben die Frage, ob ich dem Arbeitnehmer mehr Verantwortung zuerkennen soll oder ob das System so gut ist, wenn man sagt, na ja, das wird dann eben auf die Bestandsschutzstreitigkeit hinauslaufen. Es fällt schwer, das einfach so hinzunehmen.

Volker Rieble:

- 73** Ja, als mittlere Lösung kann man sich ja auch vorstellen, daß man den Entgeltfortzahlungsanspruch auf sechs Wochen im Jahr insgesamt begrenzt, um auch die Besserstellung der Kurzerkrankten zu beseitigen und dann auch nicht immer über die Frage streiten zu müssen, ist es eine neue Krankheit?

Steffen Klumpp:

- 74** Das wäre in der Tat eine verhältnismäßigere Sache.

Dr. Andrea Nicolai, Rechtsanwältin:

- 75** Herr *Klumpp*, eine Vorbemerkung, eine allgemeine Bemerkung und eine besondere Bemerkung – um es von vornherein zu begrenzen.

Die Vorbemerkung: Die fehlende Transparenz sowie auch die Überregulierung wird häufig als arbeitsrechtliches Phänomen bezeichnet. Das sehe ich nicht so. Wir haben

in allen Breichen – auch im Zivilrecht – eine überbordende Rechtsprechung, die auch z.B. im Zivilrecht durch eine zunehmende Fülle von zivilrechtlichen Gesetzen kommt, aber auch durch eine zunehmende Fülle von Rechtstreitigkeiten, was man – glaube ich – auch nach allgemeiner Meinung auf die zunehmende Verrechtlichung zurückführen kann, denn andere Normensysteme, die wir noch vor 100 Jahren hatten, haben wir derzeit nicht mehr. Also, wenn man sich einen Kommentar zum AGB-Gesetz anschaut – also früher AGB-Gesetz – übertrifft der inzwischen in seiner Dicke schon fast den Erfurter Kommentar.

Die Hauptbemerkung bzw. allgemeine Bemerkung: Mehr Transparenz, ja. Ich frage jetzt immer: wozu? Ich bin inzwischen alt genug, um mich noch an die Anfänge dieser Diskussion erinnern zu können. Das ganze hat eigentlich so Ende der siebziger Jahre angefangen und wurde dann vor allem durch dieses Transparenzgebot, das der Bundesgerichtshof damals statuiert hat, in den Vordergrund gerückt. Und seitdem ist das so ein Zauberwort geworden. Transparenz wird überall gefordert. Ich selbst mache das auch ab und zu. Meistens allerdings – das gebe ich offen zu – um meine Positionen besser durchsetzen zu können. Aber, Transparenz – da muß man doch fragen: was soll das eigentlich? Das ist ein ganz beliebtes Schlagwort und dahinter steckt meines Erachtens eine Vision, die Vision, es gäbe ein einfaches Recht und es gäbe ein rechtsicheres Recht, mit dem man alle denkbaren Probleme wunderbar lösen kann. Für mich ist nur das Problem, je einfacher ein Gesetz formuliert ist, desto unbestimmter wird es im Regelfall auch formuliert sein. Wenn Sie es nämlich nicht so machen, dann haben sie wiederum eine Fülle von Rechtsvorschriften, die dann wieder, Ihrer eigenen Aussage nach, transparent ist. Das ist das eine, das ich es nur für bedingt umsetzbar halte.

Die andere Frage ist das Ziel, das sie mit Transparenz verfolgen. Sie haben gesagt, Akzeptanz und Steuerungsfunktion des Arbeitsrechts. Und ich denke, wir Arbeitsrechtler neigen sehr stark dazu, uns in dieser Hinsicht extrem zu überschätzen. Denn aus meiner Sicht ist das Arbeitsrecht, sind arbeitsrechtliche Vorschriften, für die wenigsten Beteiligten in den Betrieben wirklich die Richtlinien, an denen sie ihr Verhalten ausrichten. Und das gilt vor allem für die kleinen und mittleren Unternehmen. Von daher habe ich auch ihrer Aussagen nicht ganz nachvollziehen können, daß das zwingende Arbeitsrecht eine Ursache für Konflikte sein soll. Ursache für Konflikte sind im Regelfall wirklich handfeste Auseinandersetzungen, wenn einer dem anderen was nicht gibt, was er haben will, oder eben menschliche Beziehungen und da wird es immer kompliziert. Aber da, wo es läuft, brauchen die Leute das Arbeitsrecht nicht, da richten sie sich auch nicht nach dem Arbeitsrecht und dann handeln sie häufig genug am Arbeitsrecht vorbei. Und damit erweist sich die Forderung nach Transparenz zumindest für mich zum großen Teil als Selbstzweck, der definitiv nicht erfüllbar ist.

Die dritte, die besondere Bemerkung: Immer da, wo Flexibilität und Transparenz gefordert wird, fällt mir auf – Sie haben das eben auch zitiert –, daß anschließend direkt neue Regelungsvorschläge gemacht werden. Da wundere ich mich: Moment mal, erst sage ich, es muß weniger geregelt werden, dann mache ich einen neuen Regelungsvorschlag. Ihre Differenzierung nach Arbeitnehmergruppen ist so ein Beispiel, das hört sich erstmal schön an, daß man sagt: Diese Arbeitnehmergruppe

ist weniger schutzbedürftig, jene dann aber mehr. Da muß ich zunächst einmal Abgrenzungen finden, da muß ich den Grad der Schutzbedürftigkeit bestimmen und dann muß ich das noch im einzelnen auseinander dividieren. Das heißt, so ein Vorschlag würde entgegen seiner Intention zu mehr Intransparenz, zu mehr Unflexibilität und zu mehr Rechtsunsicherheit führen. Deshalb bin ich bei diesen Diskussionen immer vorsichtig. Allerdings würde ich aber vor allem würde Ihrer Forderung, daß die handwerkliche Qualität von Gesetzen verbessert werden muß, uneingeschränkt zustimmen. Denn das, was wir da in den letzten Jahren erlebt haben, ist teilweise eine schiere Katastrophe.

Steffen Klumpp:

- 76** Zuerst zu Ihrer Vorbemerkung: Natürlich gibt es das angesprochene Problem auch in anderen Rechtsgebieten, Rechtsprechung und Kommentarliteratur sind überbordend. Allein ist die Frage, ob da dann nicht der Spruch gilt, keine Gleichheit im Unrecht. Und ob wir uns als Arbeitsrechtler eben nicht dahinter setzen sollten um zu sagen: Es ist auch anderswo so, aber im Arbeitsrecht ist es eben besonders so, eben insbesondere dadurch, daß vieles nicht im Gesetz geregelt ist und daß man eben diese unbestimmten Rechtsbegriffe hat. Natürlich wird es kein arbeitsrechtliches Gesetz geben, das zehn Paragraphen hat und in das man reinschaut und dann weiß wie es geht. Das ist schlicht und ergreifend nicht möglich. Ist dann aber die Frage, ob man es ganz lassen und sich nur noch bei passender Gelegenheit auf Transparenz und Rechtssicherheit berufen sollte? Ich höre da so einen leisen Fatalismus aus Ihren Worten heraus, der da sagt, na ja, wir können sowieso nichts machen. Außerdem leben wir ja auch davon, daß es so ist und aus diesem Grunde ist es doch ein sehr ökonomisches Recht. Jedenfalls für jeden, der mit Arbeitsrecht beratenderweise oder anders zu tun hat. Aber ich denke mir einmal, daß diese sehr groben – das gebe ich zu – und sehr schlichten Hauptargumente und Hauptwege, die ich da genannt habe, doch einen Metaplan aufbauen können, wonach man mehr schauen müßte. Daß das Elysium nicht ausbricht, wenn man das sofort umsetzt und daß das auch nicht geht, das ist keine Frage, so realitätsnah bin ich mittlerweile auch und der Idealismus ist mir da auch abhanden gekommen. Aber sich dann gleich hinzustellen und zu sagen, es ändert ja sowieso nichts – um es überspitzt zu formulieren – ist mir etwas zu fatalistisch. Und da braucht man jedenfalls einen Weg und vor allem ein Ziel.

Volker Rieble:

- 77** Vielleicht eins noch, was mich ein bißchen irritiert, aber das höre ich ja auch immer wieder, daß die Leute sagen: Das eine ist die Rechtsordnung und das andere sind die Konflikte, die wir tatsächlich haben – ein persönlicher Konflikt, ein wirtschaftlicher Konflikt. Wenn wir das Ziel, daß die Rechtsordnung die tatsächlichen Konflikte regelt und befriedet, aufgeben, dann brauchen wir sie nicht. Dann ist es sozusagen nur ein Spiel, das wir spielen, das aber den konkreten Konflikt nicht erfaßt. Und den Steuerungsanspruch, den Handlungsleitungsanspruch von Recht im Sinne einer

Spielregel für gepflegtes Verhalten miteinander, aufzugeben, hielte ich für verhältnismäßig fatal, auch wenn das in der Wirklichkeit vielfach so ist. Aber damit muß man sich ja nicht abfinden.

Klaus Bepler, Bundesarbeitsgericht:

Das ist wohl richtig, mit der überbordenden Rechtsprechung: Drei Wortmeldungen, zwei Richter. Aber es ist noch schlimmer, ich wollte eigentlich zurückziehen, weil ich hintereinander Herrn *Rieble* und Frau *Nicolai* unterstützen wollte, was mir sehr selten nur in den Sinn kommt. Aber ich muß es tun. Also, zunächst und zur Klarstellung: Ich meine auch und weise darauf hin, daß die heutige Präsidentin des Bundesarbeitsgerichtes bereits veröffentlicht gesagt hat, daß sehr viel für eine Deregulierung des Entgeltfortzahlungsrechts im Sinne einer einmaligen Entgeltfortzahlungspflicht, auch beschränkt auf einen Zeitraum X, spricht. Was allerdings Konsequenzen im Kündigungsschutz hätte, die ebenfalls deregulierend wären. Krankheitsbedingte Kündigung wäre nämlich nicht mehr so sehr häufig möglich. Das wäre der eine Punkt. Das ist Meinung in verbreiteten Kreisen aber natürlich ein Problem der Lohnnebenkosten, denn wenn wir das ganze dann in die Kassen geben, dann haben wir natürlich ein Problem bei der Finanzierung der öffentlichen Kassen. **78**

Zweiter Punkt: Das Bundesarbeitsgericht hatte kürzlich einen Obmann einer Partei des Richterwahlausschusses zu Gast und dem habe wir untergejubelt – das zu ihrer Unterstützung Herr *Dr. Klumpp* –, daß wir sehr viel Interesse daran hätten, sowohl beim Schwerbehindertenschutz als auch bei der Personalvertretung eine Gerichtsbarkeit ausschließlich in einem Verfahren zuständig zu haben. Auch dies ist eine sehr praktische und schlichte Deregulierung, die aber ohne weiteres möglich wäre.

Dritter Punkt in dem Zusammenhang: Frau *Dr. Nicolai* hat darauf hingewiesen, daß ihr Modell nicht unbedingt viel weniger Regelungen braucht, obwohl ich selbst mal irgendwann versucht habe herzuleiten, daß Entgelthöhe ein Indikator für Verhandlungsmacht ist und deshalb ab einer bestimmten Höhe eine Disparität contraindiziert. Da würde ich Ihnen schon zustimmen. Nur was mir dazu auffiele, Herr *Dr. Klumpp*, Sie könnten sagen, wir machen nach Entgeltklassen Sozialschutz. Sie müßten aber, wenn sie einigermaßen abbilden wollen, wie unsere Gesellschaft aussieht, auch regionale Klassen dazufügen. Sie müßten unterscheiden zwischen dem Raum Stuttgart und dem Raum Barnem. Sie müßten unterscheiden zwischen Mecklenburg-Vorpommern und dem südlichen München. Das ist letztlich, was die Schutzintensität angeht, nicht zu leisten.

Und ein letztes im Zusammenhang mit dem Thema Komplexität: Ich habe 12 Jahre lang Betriebsrentenrecht gemacht. Wir leben in einer Gesellschaft, wo verschiedenste Faktoren zusammenwirken müssen und zwar auch Personen und Personen-Interessengruppen zusammen wirken müssen, die man abgleichen muß. Diese Abgleichung führt zu Regelungen, die normale Menschen nicht verstehen. Ich garantiere – die hier Anwesenden sind wahrscheinlich nur Juristen – den § 18 Betriebsrentengesetz werden mir von Ihnen – verzeihen Sie die Hybris – nur sehr wenige erklären können. Daß ich es erklären kann, liegt auch nur daran, daß ich das

zehn Jahre lang gemacht habe, sonst könnte ich es auch nicht. Nur, meine Damen und Herren – und jetzt der letzte Punkt – es würde sehr viel helfen, wenn schlichte Sprachkenntnisse in die Gesetzgebung Eingang fänden. Es ist unerträglich, wie selten der Punkt benutzt wird.

Steffen Klumpp:

- 79** Ich schließe mich Ihnen natürlich an. Ihr letzter Punkt ist vielleicht der allererste in der Umsetzung einer Deregulierung, nämlich mal die Gesetze handwerklich so zu machen, daß man auch versteht, was eigentlich gemeint ist. Daß das auch schwer sein kann, ist klar. Und gerade das Betriebsrentenrecht ist hier natürlich *par excellence*. Mir fällt jetzt auch nicht ein, wie man das transparent und für jeden Arbeitnehmer am Fließband so machen kann, daß der genau weiß, was gemeint ist.

Zu der Problematik der Abstufung. Diesen Vorschlag mit einem regional begrenzten Recht hat ja, jedenfalls in Ansätzen, die *Dohnanyi*-Kommission auch einmal vorgebracht. Sie hat gesagt, im Aufbau Ost müssen wir einmal schauen, daß wir einen Sonderarbeitsmarkt sowohl sozialversicherungsrechtlich; steuerrechtlich als auch arbeitsrechtlich implementieren. Natürlich beinhaltet das große Schwierigkeiten und im Endeffekt – das ist jetzt nur ein Tropfen auf dem sehr heißen Stein – ist eine wirklich objektive Stufenlösung nur dann durchsetzbar, wenn man sie etwa an das Entgelt und damit an die Schutzbedürftigkeit ankoppelt. Da gibt es natürlich wieder Differenzen, daß in München der Euro nicht ganz soviel Wert ist wie in Mannheim – ich weiß das zufällig. Da ist natürlich sehr viel Streitpotential, Abstufungspotential allein in der Festlegung einer solchen Stufe enthalten. Aber dennoch würde ich jetzt diese Idee als solche nicht von vornherein verdammen. Es ist ein Anfang, eine Idee, aber ich meine, man kann sie zumindest überdenken – bei aller Schwierigkeit.

Johannes Peter Francken:

- 80** Es steht sogar inzwischen vier zu drei, was die Richter angeht. Aber ich darf ganz kurz nur um eins bitten. Es treibt die Republik ja zur Zeit die große Justizreform um und es ist mir sehr wichtig, daß Sie genau dieses Gedankengut, was Herr *Bepler* geäußert hat, in dem Bereich wieder auch als Verbände einbringen, daß wir eben den Sonderkündigungsschutz bei den Arbeitsgerichten bündeln. Das spräche auch dafür, daß auch auf diese Weise die Arbeitsgerichtsbarkeit erhalten bleibt.

Steffen Klumpp:

- 81** Dann wären die Reformen ja auch beschäftigungsförderlich, muß man sagen.

Volker Rieble:

- 82** Genau, Beschäftigungssicherung durch Kompetenzzuweisung.

§ 2 Arbeitsmarktregulierung und Arbeitsmarkt- Performance in Industrieländern

Rn.

A. Referat Horst Feldmann	1
I. Einführung	1
II. Datensatz und Schätzmethode	4
III. Ergebnisse	17
1. Kontrollvariablen	17
2. Arbeitsmarktregulierung	23
IV. Lehren für Deutschland	36
B. Diskussion	38

A. Referat Horst Feldmann*

I. Einführung

- 1** In Deutschland wird seit geraumer Zeit lebhaft diskutiert, inwieweit die hohe, strukturell verfestigte Arbeitslosigkeit durch rigide Arbeitsmarktregulierungen mitverursacht ist. Im vorliegenden Aufsatz werden die Auswirkungen von Arbeitsmarktregulierungen in Industrieländern untersucht. Sowohl bei der Rigidität der Arbeitsmarktregulierung als auch bei der Höhe der Arbeitslosen- und Erwerbstätigenquoten gibt es zwischen den Industrieländern große Unterschiede. Der vorliegende Aufsatz analysiert, ob rigide Arbeitsmarktregulierungen tatsächlich die Arbeitsmarkt-Performance verschlechtern.
- 2** Behandelt werden die wichtigsten Bereiche der Arbeitsmarktregulierung, die auch in Deutschland im Zentrum der Diskussion stehen: Mindestlohn, Einstellungs- und Kündigungsvorschriften, Tarifvertragsrecht, Arbeitszeitvorschriften.¹ Untersucht werden die Auswirkungen der entsprechenden Regulierungen auf die Arbeitslosen- und die Erwerbstätigenquote, und zwar nicht nur bei der Gesamtbevölkerung, sondern auch bei Jugendlichen. In den meisten Industrieländern ist die Arbeitslosigkeit unter Jugendlichen rund doppelt so hoch wie unter Erwachsenen. Jugendliche stellen damit eine der wichtigsten Problemgruppen des Arbeitsmarktes dar. Der vorliegende Aufsatz analysiert, ob rigide Arbeitsmarktregulierungen dafür mitverantwortlich sind.
- 3** Abschnitt II erläutert den verwendeten Datensatz und die ökonometrische Methode. Im dritten Abschnitt werden die Schätzergebnisse präsentiert und interpretiert. Dabei wird auch diskutiert, ob die Ergebnisse mit denen anderer Untersuchungen im Einklang stehen. Im vierten Abschnitt werden die wichtigsten wirtschaftspolitischen Lehren für Deutschland gezogen.

II. Datensatz und Schätzmethode

- 4** Die Rigidität der Arbeitsmarktregulierung wird im folgenden sowohl anhand objektiver als auch anhand subjektiver Indikatoren gemessen. Objektive Indikatoren sind Indikatoren, die auf allgemein zugänglichen, möglichst wertfrei erhobenen statistischen Daten beruhen. Im einzelnen handelt es sich um folgende objektive Indikatoren:²
 - gesetzlicher Mindestlohn: gesetzlicher Mindestlohn im Verhältnis zum Durchschnittslohn;
 - Einstellungs- und Kündigungsvorschriften: Indikator für die Regulierungsdichte bei befristeten Arbeitsverträgen, Leiharbeit und Einzelkündigungen; der Index reicht von 0 bis 6; höhere Werte bedeuten eine höhere Regulierungsdichte;

* Privatdozent Dr. Horst Feldmann, Eberhard Karls Universität Tübingen.

1 Einen gesetzlichen Mindestlohn gibt es in Deutschland zwar nicht; allerdings fordern die Gewerkschaften, die Linke/PDS und Teile der SPD, einen solchen einzuführen.

2 *OECD, Employment Outlook* (2004).

- tarifvertraglicher Erfassungsgrad: prozentualer Anteil der von Tarifverträgen erfaßten Arbeitnehmer an allen Arbeitnehmern;
- Zentralisierung und Koordinierung der Lohnverhandlungen: Indikator für das Maß an Zentralisierung und Koordinierung von Lohnverhandlungen; der Index reicht von 1 bis 5; höhere Werte bedeuten ein größeres Maß an Zentralisierung und Koordinierung.

Die subjektiven Indikatoren erfassen die Bereiche Mindestlohn, Einstellungs- und Kündigungsverfahren und Arbeitszeitregulierung. Sie basieren auf Umfrageergebnissen aus den *Executive Opinion Surveys*. Diese repräsentativen Umfragen werden jährlich vom *World Economic Forum* in rund 100 Ländern zur Ermittlung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Volkswirtschaften durchgeführt. Befragt werden Vorstandsvorsitzende, Geschäftsführer und andere Top-Manager, in jedem Land rund 70 bis 80. **5**

Fragen aus den Executive Opinion Surveys (EOS)³

I. Zum Mindestlohn

EOS 1996: „Die Mindestlohnregulierungen sind kein Hindernis für die Einstellung geringqualifizierter oder junger Arbeitnehmer. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 1997 & 1998: „Die Mindestlohnregulierungen erhöhen die Arbeitskosten ungelernter oder junger Arbeitnehmer nicht nennenswert; gleichzeitig verringern sie die Ungleichheit der Löhne. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 1999: „Die Mindestlohnregulierungen beeinflussen die Arbeitskosten nur wenig. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 2000 & 2001: „Der gesetzliche Mindestlohn hat wenig Einfluß auf die Löhne, weil er zu niedrig ist oder nicht eingehalten wird. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

II. Zu den Einstellungs- und Kündigungsverfahren

EOS 1996: „Die Einstellungs- und Kündigungsmodalitäten sind flexibel genug. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 1997-1999: „Die Einstellungs- und Kündigungsmodalitäten werden flexibel von den Arbeitgebern festgelegt. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 2000: „Die Einstellungs- und Kündigungsmodalitäten der Unternehmen werden von den Arbeitgebern festgelegt. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 2001: „Die Einstellung und Kündigung von Arbeitnehmern wird durch Regulierungen behindert (= 1) oder flexibel von den Arbeitgebern bestimmt (= 7).“

III. Zur Arbeitszeitregulierung

EOS 1996: „Arbeitsmarktregulierungen und Tarifverträge erleichtern die Anpassung der Arbeitszeit an unerwartete Nachfrageänderungen. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 1997-2000: „Die Arbeitsmarktregulierungen erleichtern die Anpassung der Arbeitszeit an unerwartete Nachfrageänderungen. (1 = Ich lehne die Aussage völlig ab. 7 = Ich stimme der Aussage völlig zu.)“

EOS 2001: „Die Unternehmen in Ihrem Land können ohne allzu hohe Zusatzkosten Kurzarbeit oder Überstunden durchführen. (1 = Nein. 7 = Ja)“

3 *Cornelius/Levinson/Porter/Sachs/Schwab/Warner*, The Global Competitiveness Report 2000 (2000); *Gwartney/Lawson*, Economic Freedom of the World: 2003 Annual Report (2003); *Schwab/Porter/Sachs*, The Global Competitiveness Report 2001-2002 (2002); *World Economic Forum*, The Global Competitiveness Report 1996 (1996); *World Economic Forum*, The Global Competitiveness Report 1997 (1997); *World Economic Forum*, The Global Competitiveness Report 1998 (1998); *World Economic Forum*, The Global Competitiveness Report 1999 (1999).

Bei den Umfragen werden die Teilnehmer gebeten, auf einer Skala von eins bis sieben anzugeben, welcher von jeweils zwei vorgegebenen Aussagen sie am ehesten zustimmen. Höhere Werte auf der Skala bedeuten im Bereich des Arbeitsmarktes stets mehr Flexibilität. Nach der Befragung wird aus den Antworten zu jeder Frage das arithmetische Mittel des jeweiligen Landes errechnet. Die Übersicht enthält die in der folgenden Analyse verwendeten Fragen der *Executive Opinion Surveys*. Wie sie zeigt, variieren die jeweiligen Fragestellungen zwischen den sechs *Surveys* geringfügig. Dabei handelt es sich aber lediglich um stilistische Verfeinerungen, die einer inhaltlichen Präzisierung dienen, so daß die Antworten aus allen sechs *Surveys* gemeinsam verwendet werden können. **6**

In den Jahren 1996 bis 2001 wurden zu allen drei Arten der Arbeitsmarktregulierung Fragen gestellt. In den Jahren davor und danach wurde mindestens eine der drei Arbeitsmarktregulierungen nicht abgedeckt.⁴ Daher umfaßt der Untersuchungszeitraum der vorliegenden Studie die Jahre 1996 bis 2001. **7**

Objektive Indikatoren haben den Vorteil, daß sie nachprüfbar und weitgehend wertfrei sind. Völlig wertfrei können sie nicht sein, denn bei der Auswahl und Gewichtung der gemessenen Aspekte fließt unweigerlich das subjektive Urteil des jeweiligen Statistikers ein. **8**

Die auf den *Executive Opinion Surveys* basierenden subjektiven Indikatoren haben zum einen den Vorteil, daß die befragten Personen umfassende Kenntnisse der und praktische Erfahrungen mit den Arbeitsmarktregulierungen ihres Landes besitzen. Da die Befragten über Einstellung und Entlassung von Arbeitskräften entscheiden, spiegeln ihre Antworten die Bedeutung mancher Arbeitsmarktregulierungen für die Arbeitsmarktentwicklung eventuell sogar besser wider als objektive Indikatoren. Beim Mindestlohn beispielsweise kommt es nicht in erster Linie auf seine Höhe an, sondern darauf, ob er nach Einschätzung derjenigen, die über Einstellungen und Entlassungen entscheiden, zu hoch ist oder nicht. Ein weiterer Vorteil der subjektiven Indikatoren besteht darin, daß sie auch Aspekte der Arbeitsmarktregulierung erfassen können, die durch objektive Indikatoren nicht gemessen werden können. Die Kündigungsvorschriften jedes Landes beispielsweise bestehen aus einer Vielzahl gesetzlicher Normen, administrativer Verordnungen und gerichtlicher Urteile, die sich nur schwer mittels objektiver Indikatoren quantifizieren lassen. Zudem spielen informelle Normen und Traditionen eine Rolle (z.B. ob ein Arbeitnehmer üblicherweise früher von seiner Entlassung unterrichtet wird als gesetzlich vorgeschrieben oder ob er sich üblicherweise zu einem kurzfristigeren Ausscheiden bereit findet als **9**

4 Die Umfrageergebnisse zum Mindestlohn aus dem Executive Opinion Survey 2001 wurden im entsprechenden „Global Competitiveness Report 2001-2002“ aus Platzmangel nicht veröffentlicht. Das World Economic Forum hat sie aber an das Fraser Institut weitergegeben, das diese Ergebnisse seit 2001 in die jährliche Berechnung seines ökonomischen Freiheitsindex einfließen läßt. Die Umfrageergebnisse zu dieser Frage aus dem Jahr 2001 konnten daher der entsprechenden Veröffentlichung des Fraser Instituts entnommen werden [*Gwartney/Lawson, Economic Freedom of the World: 2003 Annual Report (2003)*]. Das Institut verwendet eine Skala von null bis zehn. Die seiner Veröffentlichung entnommenen Werte wurden für die vorliegende Untersuchung auf die Skala des Executive Opinion Surveys (eins bis sieben) rückskaliert.

nach dem Gesetz erforderlich). Dieser Aspekt kann durch objektive Indikatoren überhaupt nicht erfaßt werden.

10 Selbstverständlich müssen bei der Verwendung der *Executive Opinion Surveys* auch mögliche Nachteile bedacht werden:

- Jeder Befragte könnte bei der Beantwortung der Fragen prinzipiell seinen eigenen Maßstab verwenden. Was der eine mit einer sieben bewertet, bewertet der andere eventuell nur mit einer fünf. Bei der Konzipierung, Durchführung und Auswertung der Befragungen wurde jedoch darauf geachtet, daß ein einheitlicher Maßstab angelegt wurde. Beispielsweise wurden den Befragten die Abstufungen von eins bis sieben schriftlich erläutert. Außerdem wurden Stabilität und Konsistenz der Antworten bei der Auswertung mit verschiedenen Methoden geprüft. In einem der Tests etwa wurde nach dem Zufallsprinzip die Hälfte der Antworten aus jedem Land weggelassen. Dabei blieben die Ergebnisse stabil; sie sind also offensichtlich nicht durch individuelle Eigenarten in der Beantwortung verzerrt.⁵
- Die Fragen könnten in den verschiedenen Ländern unterschiedlich interpretiert werden. In einem solchen Fall würden die Umfrageergebnisse die Unterschiede zwischen den Ländern in bezug auf die Rigidität ihrer Arbeitsmarktregulierungen nicht richtig widerspiegeln. Die Wissenschaftler des *World Economic Forum* haben versucht, dieses Problem zu vermeiden, indem sie den Befragten die Antwortskala schriftlich erläuterten und sie baten, bei der Beantwortung im globalen statt im nationalen Maßstab zu denken. Außerdem haben sie die Umfrageergebnisse mit ähnlichen objektiven Daten verglichen, soweit solche Daten verfügbar waren.⁶ Dabei zeigte sich eine enge Korrelation, wenn die jeweilige Frage und die entsprechenden objektiven Daten auf die gleichen Aspekte abstellten. In den Fällen, in denen eine Diskrepanz zwischen den Umfrageergebnissen und den objektiven Daten auftrat, war dies offensichtlich darauf zurückzuführen, daß die Fragen Aspekte mit erfaßten, die sich durch die objektiven Daten nicht erfassen ließen.
- Die Antworten könnten eventuell durch die jeweilige Konjunkturlage verzerrt sein. Beispielsweise ist denkbar, daß die Manager eines Landes den Kündigungsvorschriften bei guter Konjunktur, wenn sie kaum Kündigungen aussprechen müssen, gute Noten erteilen. In einer späteren Rezession, in der sie viele Arbeitskräfte entlassen müssen, fühlen sich die Manager durch die Kündigungsvorschriften eingeschränkt. Daher beurteilen sie sie dann eventuell wesentlich schlechter, obwohl sie in der Zwischenzeit überhaupt nicht geändert wurden. Das Problem einer möglichen konjunkturbedingten Verzerrung der Antworten dürfte aber aus mehreren Gründen keine nennenswerte

5 *Cornelius/Warner*, The Executive Opinion Survey, The Global Competitiveness Report 2000 (2000), 92, 94; *Cornelius/McArthur*, The Executive Opinion Survey, The Global Competitiveness Report 2001-2002 (2002), 166, 169-173.

6 *Cornelius/Warner*, The Executive Opinion Survey, The Global Competitiveness Report 2000 (2000), 92, 94-98; *Cornelius/McArthur*, The Executive Opinion Survey, The Global Competitiveness Report 2001-2002 (2002), 166, 169-176.

Rolle spielen. Erstens behandeln die Fragen keine konjunkturspezifischen Aspekte. Zweitens handelt es sich bei den Befragten um erfahrene Manager, die sich in ihren Antworten kaum durch kurzfristige äußere Umstände beeinflussen lassen dürften. Drittens wird der Einfluß der Konjunkturlage in den folgenden Schätzungen mit einer Kontrollvariablen weitestgehend ausgeschaltet. Im übrigen deuten auch die Ergebnisse der genannten Tests darauf hin, daß keine konjunkturbedingte Verzerrung vorliegt.

Insgesamt sind die Antworten auf die genannten Fragen der *Executive Opinion Surveys* gut geeignet, die Rigidität der drei betreffenden Arten der Arbeitsmarktregulierung zu messen. Die subjektiven Indikatoren stellen damit eine sinnvolle Ergänzung der objektiven dar. **11**

Die Ländergruppe besteht aus 19 Industrieländern: Australien, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Japan, Kanada, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, USA, Vereinigtes Königreich. Sie enthält somit sämtliche großen Industrieländer sowie Länder mit unterschiedlichem kulturellen Hintergrund, etwa angelsächsische, skandinavische und kontinentaleuropäische Länder sowie Japan. **12**

Als abhängige Variablen werden folgende Indikatoren verwendet:⁷ **13**

- Arbeitslosenquote: Arbeitslose in Prozent der zivilen Erwerbspersonen (standardisierte Quote);
- Jugendarbeitslosenquote: Arbeitslose im Alter von 15 bis 24 Jahren in Prozent der gleichaltrigen Erwerbspersonen;
- Erwerbstätigenquote: Erwerbstätige in Prozent der Bevölkerung (jeweils 15 bis 64 Jahre);
- Jugenderwerbstätigenquote: Erwerbstätige im Alter von 15 bis 24 Jahren in Prozent der gleichaltrigen Bevölkerung.

Es werden vier Kontrollvariablen verwendet, die den Einfluß weiterer bedeutender Arbeitsmarktinstitutionen messen:⁸ **14**

- gewerkschaftlicher Organisationsgrad: gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer in Prozent aller Arbeitnehmer;
- Abgabenkeil: Einkommensteuer zuzüglich Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung abzüglich staatlicher Transferzahlungen in Prozent der Arbeitskosten; Ehepaar mit zwei Kindern; ein Ehegatte zum Durchschnittslohn beschäftigt;
- Lohnersatzrate: Lohnersatzleistungen in Prozent des vorherigen Lohns (brutto); Durchschnitt aus zwei Einkommensniveaus, drei Typen von Familien und drei Kategorien der Arbeitslosigkeitsdauer;

7 OECD, Economic Outlook, No. 76 (2004); OECD, Employment Outlook (versch. Ausgaben).

8 OECD, Employment Outlook (2004); OECD, Taxing Wages (2004); OECD, Benefits and Wages (2004).

- aktive Arbeitsmarktpolitik: Ausgaben für Programme der aktiven Arbeitsmarktpolitik pro Arbeitslosen, dividiert durch 1.000.

15 Darüber hinaus werden folgende weitere Kontrollvariablen verwendet:⁹

- Produktionslücke: Abweichung des tatsächlichen BIP vom potentiellen BIP in Prozent des potentiellen BIP; durch diese Variable soll der Einfluß der Konjunktur weitestgehend ausgeschaltet werden;
- Pro-Kopf-Einkommen: Bruttonationaleinkommen pro Kopf der Bevölkerung in internationalen Dollar, umgerechnet zu Kaufkraftparitäten, dividiert durch 1.000; durch diese Variable soll der Einfluß des unterschiedlichen Entwicklungsniveaus der im Länder-Sample enthaltenen Volkswirtschaften ausgeschaltet werden;
- Regionen-Dummies: Dummy-Variablen für die folgenden vier Weltregionen: Kontinentalwesteuropa, Südeuropa, Skandinavien, Asien; durch diese Variablen soll der Einfluß regionaler Besonderheiten weitestgehend ausgeschaltet werden (z.B. bezüglich der Erwerbsbeteiligung);
- Studentenquote: Personen, die Einrichtungen der Tertiärstufe des Bildungssystems besuchen (v.a. Hochschulen), in Prozent aller Personen in der für den Besuch solcher Einrichtungen typischen Altersgruppe; durch diese Variable soll bei der Schätzung der Jugenderwerbstätigenquote der Einfluß unterschiedlicher Studierhäufigkeit ausgeschaltet werden.

16 Um das Problem der Multikollinearität zu umgehen und aufgrund der geringen Zahl an Freiheitsgraden werden die Arbeitsmarktregulierungsvariablen jeweils einzeln geschätzt (selbstverständlich stets zusammen mit den Kontrollvariablen); von einer simultanen Schätzung aller Arbeitsmarktregulierungsvariablen wird abgesehen. Als Schätzmethode wird das übliche Kleinst-Quadrate-Verfahren angewandt (gepoolte OLS-Schätzungen). Die Werte der t-Statistiken werden mit der von *Newey* und *West* entwickelten Methode geschätzt; sie sind somit robust sowohl in bezug auf Heteroskedastizität als auch in bezug auf Autokorrelation. Aus mehreren Gründen wäre es wenig sinnvoll gewesen, unbeobachtete länderspezifische Effekte mit Hilfe von *Fixed* oder *Random Effects* zu kontrollieren. Erstens ist die Zahl der Beobachtungen pro Land sehr gering. Zweitens stammen die Beobachtungen aus unmittelbar aufeinanderfolgenden Jahren. Drittens resultiert die Variation bei den Daten zur Arbeitsmarktregulierung in erster Linie aus Unterschieden zwischen den Ländern, weniger aus Änderungen im Zeitablauf. Während die Unterschiede zwischen den Ländern bezüglich ihrer Arbeitsmarktregulierung bei der OLS-Methode vollständig berücksichtigt werden, werden diese Unterschiede und ihre Auswirkungen auf die jeweilige endogene Variable bei der *Random-Effects*- und der *Fixed-Effects*-Methode teilweise durch die länderspezifischen Konstanten verdeckt. Diese beiden Methoden würden daher den Einfluß der Arbeitsmarktregulierung unterschätzen. Anstelle von länderspezifischen Konstanten kontrollieren in den folgenden

⁹ OECD, Economic Outlook, No. 76 (2004); *World Bank*, WDI Online (Online-Datenbank), www.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 25.4.2005.

OLS-Regressionen die Variable „Pro-Kopf-Einkommen“ und die Regionen-Dummies wichtige Aspekte, hinsichtlich derer sich die Länder voneinander unterscheiden. Der Nachteil der Methode gepoolter OLS-Schätzungen liegt darin, daß dabei aufeinanderfolgende Beobachtungen für ein einzelnes Land als voneinander unabhängig behandelt werden; ein Teil der in den Daten vorhandenen Information bleibt damit unberücksichtigt.

III. Ergebnisse

1. Kontrollvariablen

Zunächst ein Wort zu den Ergebnissen für die Kontrollvariablen. Die Schätzergebnisse für die Variable „gewerkschaftlicher Organisationsgrad“ sind in der Hälfte der Bestimmungsgleichungen zur Erklärung der Arbeitslosenquote und der Jugendarbeitslosenquote statistisch signifikant (Tab. 1.1 bis 2.2). Danach geht ein höherer gewerkschaftlicher Organisationsgrad mit einer niedrigeren Arbeitslosigkeit einher. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, daß Gewerkschaften, die einen Großteil der Arbeitnehmer repräsentieren, eher bereit sind, gesamtwirtschaftlich angemessenen Lohnabschlüssen zuzustimmen, als Gewerkschaften, die nur eine relativ kleine Gruppe von Arbeitnehmern vertreten. Besonders stark ist die diesbezügliche Evidenz angesichts der Tatsache, daß die Koeffizienten in der Hälfte der Fälle insignifikant sind, aber nicht. Auf die Höhe der Erwerbstätigen- und der Jugenderwerbstätigenquote hat der gewerkschaftliche Organisationsgrad im übrigen offenbar keinen Einfluß.¹⁰

10 Auch die Ergebnisse anderer Untersuchungen ergeben kein klares Bild. Während weder Belot und van Ours noch Nickell et al. einen eindeutigen Einfluß auf die Arbeitslosigkeit ausmachen konnten, ist ein höherer gewerkschaftlicher Organisationsgrad nach einer Untersuchung des Internationalen Währungsfonds und nach einer älteren der OECD (Scarpetta) mit einer höheren Arbeitslosenquote korreliert, nach der älteren Untersuchung der OECD auch mit einer höheren Jugendarbeitslosenquote. In einer neueren Untersuchung hat die OECD demgegenüber festgestellt, daß die Jugenderwerbstätigenquote relativ zu der der Erwachsenen mit steigendem gewerkschaftlichen Organisationsgrad zunimmt. Alle genannten Untersuchungen beziehen sich auf die OECD-Länder. Vgl. *Belot/van Ours*, Does the Recent Success of Some OECD Countries in Lowering their Unemployment Rates Lie in the Clever Design of their Labor Market Reforms?, *Oxford Economic Papers* 2004, 621; *Nickell/Nunziata/Ochel*, Unemployment in the OECD since the 1960s. What Do We Know?, *Economic Journal* 2005, 1; *International Monetary Fund*, *World Economic Outlook* (April 2003), S. 147; *Scarpetta*, Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross-Country Study, *OECD Economic Studies* 1996, No. 26, 43; *OECD*, *Employment Outlook* (2004), S. 164.

Tab. 1.1: Bestimmungsgleichungen für die Arbeitslosenquote – Objektive Indikatoren¹¹

	(1)	(2)	(3)	(4)
Gesetzlicher Mindestlohn	1,76 (1,17)			
Einstellungs- & Kündigungsvorschriften		0,34 (0,53)		
Tarifvertraglicher Erfassungsgrad			0,05*** (3,93)	
Zentralisierung & Koordinierung der Lohnverhandlungen				0,60* (1,87)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,04* (-1,69)	-0,04 (-1,47)	-0,06*** (-2,86)	-0,06*** (-2,84)
Abgabenkeil	0,22*** (4,53)	0,24*** (5,01)	0,21*** (6,20)	0,27*** (7,69)
Lohnersatzrate	0,02 (0,88)	0,04 (1,62)	0,03 (1,36)	0,04** (2,13)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	-0,18*** (-2,97)	-0,17** (-2,62)	-0,14** (-2,27)	-0,16*** (-3,23)
Produktionslücke	-0,69*** (-3,67)	-0,71*** (-4,24)	-0,79*** (-4,11)	-0,72*** (-3,95)
Pro-Kopf-Einkommen	-0,09 (-1,19)	-0,08 (-1,20)	-0,05 (-0,81)	-0,10 (-1,40)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,77	0,77	0,81	0,78
F-Wert	36,05***	35,07***	43,71***	36,94***

11 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und autokorrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 1.2: Bestimmungsgleichungen für die Arbeitslosenquote – Subjektive Indikatoren¹²

	(1)	(2)	(3)
Mindestlohn	-0,43 (-1,24)		
Einstellungs- & Kündigungsverfahren		-0,68*** (-2,89)	
Arbeitszeitregulierung			-0,62* (-1,97)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,05** (-2,16)	-0,04* (-1,89)	-0,04** (-2,01)
Abgabenkeil	0,22*** (4,66)	0,21*** (5,58)	0,21*** (5,01)
Lohnersatzrate	0,03 (1,18)	0,06** (2,40)	0,04* (1,89)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	-0,16** (-2,50)	-0,18*** (-2,97)	-0,16** (-2,50)
Produktionslücke	-0,69*** (-3,60)	-0,82*** (-4,35)	-0,71*** (-3,70)
Pro-Kopf-Einkommen	-0,12 (-1,66)	-0,07 (-1,18)	-0,11 (-1,63)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,77	0,80	0,78
F-Wert	36,35***	41,22***	37,53***

12 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und autokorrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 2.1: Bestimmungsgleichungen für die Jugendarbeitslosenquote – Objektive Indikatoren¹³

	(1)	(2)	(3)	(4)
Gesetzlicher Mindestlohn	10,62*** (2,97)			
Einstellungs- & Kündigungsvorschriften		1,38 (0,87)		
Tarifvertraglicher Erfassungsgrad			0,12*** (3,39)	
Zentralisierung & Koordinierung der Lohnverhandlungen				0,51 (0,47)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,04 (-0,73)	-0,08 (-0,95)	-0,14** (-2,07)	-0,11 (-1,43)
Abgabenkeil	0,52*** (4,33)	0,64*** (4,77)	0,59*** (5,55)	0,69*** (5,93)
Lohnersatzrate	-0,03 (-0,47)	0,06 (0,87)	0,03 (0,49)	0,06 (0,79)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	-0,32** (-2,23)	-0,26 (-1,61)	-0,18 (-1,20)	-0,24 (-1,61)
Produktionslücke	-1,47*** (-3,39)	-1,52*** (-3,64)	-1,68*** (-3,62)	-1,44*** (-3,30)
Pro-Kopf-Einkommen	0,15 (0,62)	0,14 (0,64)	0,17 (0,73)	0,04 (0,18)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,77	0,73	0,77	0,73
F-Wert	35,03***	29,16***	35,10***	28,62***

13 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und autokorrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 2.2: Bestimmungsgleichungen für die Jugendarbeitslosenquote – Subjektive Indikatoren¹⁴

	(1)	(2)	(3)
Mindestlohn	-0,87 (-1,01)		
Einstellungs- & Kündigungsverfahren		-1,56*** (-2,64)	
Arbeitszeitregulierung			-1,30 (-1,55)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,10 (-1,32)	-0,08 (-1,15)	-0,09 (-1,25)
Abgabenkeil	0,61*** (4,57)	0,58*** (4,97)	0,60*** (4,73)
Lohnersatzrate	0,04 (0,46)	0,11 (1,51)	0,07 (0,94)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	-0,24 (-1,50)	-0,28* (-1,78)	-0,23 (-1,44)
Produktionslücke	-1,43*** (-3,16)	-1,73*** (-3,63)	-1,46*** (-3,15)
Pro-Kopf-Einkommen	0,01 (0,06)	0,12 (0,63)	0,03 (0,16)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,73	0,75	0,74
F-Wert	29,21***	32,38***	29,87***

14 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und autokorrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 3.1: Bestimmungsgleichungen für die Erwerbstätigenquote – Objektive Indikatoren¹⁵

	(1)	(2)	(3)	(4)
Gesetzlicher Mindestlohn	-7,31** (-2,62)			
Einstellungs- & Kündigungsvorschriften		-3,11** (-2,40)		
Tarifvertraglicher Erfassungsgrad			-0,14*** (-6,81)	
Zentralisierung & Koordinierung der Lohnverhandlungen				-1,97** (-2,45)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,06 (-1,37)	-0,07 (-1,31)	0,03 (0,72)	0,02 (0,46)
Abgabenkeil	-0,49*** (-4,01)	-0,52*** (-5,59)	-0,49*** (-8,18)	-0,66*** (-6,78)
Lohnersatzrate	-0,04 (-0,54)	-0,12** (-2,04)	-0,07 (-1,33)	-0,11** (-2,16)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	0,41*** (3,47)	0,39*** (3,03)	0,28** (2,42)	0,34*** (3,01)
Produktionslücke	0,51 (1,49)	0,73** (2,25)	0,81** (2,48)	0,59* (1,75)
Pro-Kopf-Einkommen	-0,04 (-0,28)	-0,19 (-1,23)	-0,13 (-0,81)	0,02 (0,11)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,82	0,83	0,88	0,82
F-Wert	49,05***	51,87***	73,03***	49,15***

15 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und auto-korrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 3.2: Bestimmungsgleichungen für die Erwerbstätigenquote – Subjektive Indikatoren¹⁶

	(1)	(2)	(3)
Mindestlohn	1,24 (1,65)		
Einstellungs- & Kündigungsverfahren		2,05*** (4,85)	
Arbeitszeitregulierung			2,08*** (3,02)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,02 (-0,36)	-0,04 (-1,09)	-0,03 (-0,73)
Abgabenkeil	-0,51*** (-4,53)	-0,48*** (-6,55)	-0,49*** (-5,41)
Lohnersatzrate	-0,08 (-1,05)	-0,17** (-2,60)	-0,12* (-1,86)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	0,36*** (2,66)	0,40*** (3,37)	0,34** (2,62)
Produktionslücke	0,49 (1,43)	0,89** (2,57)	0,56 (1,59)
Pro-Kopf-Einkommen	0,07 (0,43)	-0,08 (-0,63)	0,04 (0,26)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,81	0,85	0,83
F-Wert	45,95***	61,48***	51,78***

16 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und auto-korrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 4.1: Bestimmungsgleichungen für die Jugenderwerbstätigenquote – Objektive Indikatoren¹⁷

	(1)	(2)	(3)	(4)
Gesetzlicher Mindestlohn	-27,87*** (-5,40)			
Einstellungs- & Kündigungsvorschriften		-8,10*** (-4,96)		
Tarifvertraglicher Erfassungsgrad			-0,13** (-2,14)	
Zentralisierung & Koordinierung der Lohnverhandlungen				-0,24 (-0,11)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	-0,03 (-0,31)	-0,02 (-0,13)	0,16 (0,89)	0,12 (0,69)
Abgabenkeil	-0,84*** (-4,81)	-0,97*** (-4,67)	-1,05*** (-4,69)	-1,12*** (-4,82)
Lohnersatzrate	0,13 (1,20)	-0,15 (-1,38)	-0,06 (-0,49)	-0,08 (-0,70)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	1,30*** (5,36)	1,12*** (4,39)	0,97** (2,62)	1,01*** (2,67)
Produktionslücke	0,53* (1,77)	1,15** (2,60)	0,80* (1,70)	0,56 (1,09)
Pro-Kopf-Einkommen	-0,19 (-0,63)	-0,44 (-1,64)	-0,01 (-0,03)	0,16 (0,61)
Studentenquote	-0,08 (-0,99)	-0,18** (-2,39)	-0,20* (-1,78)	-0,26** (-2,18)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,86	0,84	0,80	0,78
F-Wert	61,29***	50,00***	38,08***	34,57***

17 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und autokorrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

Tab. 4.2: Bestimmungsgleichungen für die Jugenderwerbstätigenquote – Subjektive Indikatoren¹⁸

	(1)	(2)	(3)
Mindestlohn	1,62* (1,68)		
Einstellungs- & Kündigungsverfahren		4,12*** (5,37)	
Arbeitszeitregulierung			3,91*** (3,95)
Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	0,11 (0,61)	0,07 (0,46)	0,09 (0,56)
Abgabenkeil	-1,00*** (-4,14)	-0,97*** (-4,78)	-0,97*** (-4,54)
Lohnersatzrate	-0,05 (-0,39)	-0,24** (-2,19)	-0,13 (-1,12)
Aktive Arbeitsmarktpolitik	1,00*** (2,65)	1,17*** (3,77)	1,02*** (3,03)
Produktionslücke	0,58 (1,20)	1,25** (2,49)	0,62 (1,33)
Pro-Kopf-Einkommen	0,20 (0,80)	-0,11 (-0,51)	0,14 (0,59)
Studentenquote	-0,28*** (-2,74)	-0,11 (-1,30)	-0,17* (-1,74)
Zahl der Beobachtungen	114	114	114
Korrigiertes Bestimmtheitsmaß	0,79	0,83	0,81
F-Wert	35,87***	48,32***	40,83***

18 Gepoolte Ordinary-Least-Squares-Schätzungen (Methode der kleinsten Quadrate). Daten für 19 Industrieländer für die Jahre 1996 bis 2001. In Klammern heteroskedastizitäts- und auto-korrelationskonsistente t-Statistik (Newey-West-Methode). ***(**/*) bezeichnet Signifikanz auf dem 1% (5%/10%)-Niveau. Jede Regression enthält auch Regionen-Dummies und eine Konstante.

- 18** Mit zunehmender Abgabenbelastung des Faktors Arbeit steigt die Arbeitslosigkeit unter den Erwerbspersonen insgesamt (Tab. 1.1 und 1.2) sowie unter Jugendlichen (Tab. 2.1 und 2.2). Darüber hinaus sinkt mit zunehmender Abgabenbelastung die Erwerbsbeteiligung unter der erwerbsfähigen Bevölkerung insgesamt (Tab. 3.1 und 3.2) sowie unter Jugendlichen (Tab. 4.1 und 4.2). Die entsprechende Variable ist in jeder Regression statistisch hochsignifikant.¹⁹ Je größer der Abgabenkeil, desto höher die Arbeitskosten. Die Arbeitnehmer sind meist nicht zu kompensatorischen Lohnzugeständnissen bereit. Negative Beschäftigungseffekte sind damit unvermeidbar.
- 19** Für die weitverbreitete Hypothese, daß großzügige Lohnersatzleistungen die Arbeitslosen dazu verleiten, länger arbeitslos zu bleiben, findet sich nur wenig Bestätigung. Die entsprechende Variable weist lediglich in drei der Bestimmungsgleichungen zur Erklärung der Arbeitslosen- und der Jugendarbeitslosenquote ein entsprechendes Ergebnis auf (Tab. 1.1 bis 2.2). In den anderen elf Bestimmungsgleichungen ist sie statistisch insignifikant. Auch deuten nur wenige Schätzergebnisse darauf hin, daß großzügige Lohnersatzleistungen die Erwerbstätigkeit reduzieren (Tab. 3.1 bis 4.2).²⁰
- 20** Eine großzügig dotierte aktive Arbeitsmarktpolitik scheint die Arbeitsmarktlage zu verbessern.²¹ Mit steigenden Ausgaben pro Arbeitslosen sinkt die Arbeitslosigkeit unter der Erwerbsbevölkerung insgesamt (Tab. 1.1 und 1.2), eventuell auch unter Jugendlichen (Tab. 2.1 und 2.2). Außerdem steigt mit wachsenden Pro-Kopf-Ausgaben die Erwerbsbeteiligung unter der erwerbsfähigen Bevölkerung insgesamt (Tab. 3.1 und 3.2) sowie unter Jugendlichen (Tab. 4.1 und 4.2). Wie zahlreiche mikroökonomische Studien ergeben haben, ist der langfristige Erfolg vieler Arten

19 Diese Ergebnisse stehen im Einklang mit denen anderer Untersuchungen. Daveri und Tabellini, der Internationale Währungsfonds sowie Nickell et al. haben unabhängig voneinander festgestellt, daß der Anstieg der Abgabenbelastung des Faktors Arbeit in den OECD-Ländern seit den sechziger Jahren die Arbeitslosigkeit erhöht hat. Nach Prescott ist der Anstieg des effektiven Grenzsteuersatzes auf Arbeitseinkommen in Deutschland, Frankreich und Italien hauptverantwortlich dafür, daß in diesen Ländern das Beschäftigungsvolumen seit den frühen siebziger Jahren deutlich abgenommen und Mitte der neunziger Jahre um rund die Hälfte unter dem der USA gelegen hat. Vgl. *Daveri/Tabellini*, Unemployment, Growth and Taxation in Industrial Countries, *Economic Policy* 2000, 47; *International Monetary Fund*, *World Economic Outlook* (April 2003), S. 147; *Nickell/Nunziata/Ochel*, Unemployment in the OECD since the 1960s. What Do We Know?, *Economic Journal* 2005, 1; *Prescott*, Why Do Americans Work So Much More Than Europeans?, *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review* 2004, 2.

20 Die bereits erwähnte Untersuchung des Internationalen Währungsfonds hat die genannte Hypothese ebenfalls nicht eindeutig bestätigt. Dagegen haben sowohl die Untersuchung von Nickell et al. als auch die von Scarpetta ergeben, daß großzügige Lohnersatzraten die Arbeitslosenquote in den OECD-Ländern erhöht haben. Nach der Untersuchung von Scarpetta haben sie auch die Jugendarbeitslosenquote erhöht. Vgl. *International Monetary Fund*, *World Economic Outlook* (April 2003), S. 147; *Nickell/Nunziata/Ochel*, Unemployment in the OECD since the 1960s. What Do We Know?, *Economic Journal* 2005, 1; *Scarpetta*, Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross-Country Study, *OECD Economic Studies* 1996, No. 26, 43.

21 Auch einige Ergebnisse Scarpettas deuten darauf hin. Vgl. *Scarpetta*, Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross-Country Study, *OECD Economic Studies* 1996, No. 26, 43.

aktiver Arbeitsmarktpolitik jedoch zweifelhaft.²² Gerade die teuren Maßnahmen, wie etwa staatliche Beschäftigungsprogramme und staatliche Programme zur Fortbildung und Umschulung, nutzen vielen Geförderten langfristig nicht. Die Arbeitsmarktstatistik wird geschönt, ohne daß es gelingt, die geförderten Personen langfristig wieder in reguläre Beschäftigung zu bringen.

Die Schätzergebnisse für die Produktionslücke sind in sämtlichen Bestimmungsgleichungen für Arbeitslosenquoten statistisch hochsignifikant (Tab. 1.1 und 2.2). Sie zeigen, daß die Arbeitslosigkeit sowohl unter der Erwerbsbevölkerung insgesamt als auch unter Jugendlichen bei besserer Konjunktur sinkt. Die Erwerbstätigen- und die Jugenderwerbstätigenquote sind dagegen anscheinend deutlich weniger konjunkturreagibel. Hier ist die Variable „Produktionslücke“ lediglich in gut der Hälfte aller Bestimmungsgleichungen statistisch signifikant. Die signifikanten Ergebnisse deuten erwartungsgemäß darauf hin, daß die Erwerbstätigkeit mit anziehender Konjunktur steigt. Dies gilt offenbar sowohl für die erwerbsfähige Bevölkerung insgesamt als auch für Jugendliche. **21**

Die Schätzergebnisse für die Variable „Pro-Kopf-Einkommen“ sind durchweg statistisch insignifikant (Tab. 1.1 bis 4.2). Dies kann angesichts der geringen Unterschiede im wirtschaftlichen Entwicklungsniveau zwischen den 19 Industrieländern und des relativ kurzen Untersuchungszeitraums kaum überraschen. Demgegenüber sind die meisten Schätzergebnisse für die Variable „Studentenquote“ statistisch signifikant (Tab. 4.1 und 4.2). Danach sinkt die Jugenderwerbstätigenquote mit steigender Studentenquote. Je mehr Jugendliche eine Hochschule (oder eine andere Einrichtung der Tertiärstufe des Bildungssystems) besuchen, desto weniger gehen einer Erwerbstätigkeit nach. Auch dieses Ergebnis kann kaum überraschen. **22**

2. Arbeitsmarktregulierung

Ein hoher Mindestlohn verschlechtert offenbar vor allem die Beschäftigungssituation Jugendlicher. Je höher der gesetzliche Mindestlohn im Verhältnis zum Durchschnittslohn, desto höher die Arbeitslosigkeit und desto niedriger die Erwerbstätigkeit in dieser Gruppe (Tab. 2.1 und 4.1). Auch das Schätzergebnis für den subjektiven Indikator „Mindestlohn“ deutet darauf hin, daß ein bindender Mindestlohn die Jugenderwerbstätigenquote reduziert (Tab. 4.2). Bei den Schätzungen für die Gesamtbevölkerung zeigt sich lediglich in einem Fall ein signifikantes Ergebnis. Danach sinkt die Erwerbstätigenquote, wenn der gesetzliche Mindestlohn im Verhältnis zum Durchschnittslohn steigt (Tab. 3.1). **23**

Die Tatsache, daß die Schätzergebnisse beim Mindestlohn in manchen Fällen nur für den objektiven, nicht aber für den subjektiven Indikator statistisch signifikant sind, könnte auf zwei Gründe zurückzuführen sein. Erstens konnten die Befragten, anders als der objektive Indikator, auch berücksichtigen, ob es für Jugendliche oder andere **24**

22 Steiner/Hagen, Von der Finanzierung der Arbeitslosigkeit zur Förderung von Arbeit – Analysen und Empfehlungen zur Steigerung der Effizienz und Effektivität der Arbeitsmarktpolitik in Deutschland (2000); Feldmann, Labour Market Policies in Transition: Lessons from East Germany, Post-Communist Economies 2002, 47.

Gruppen Ausnahmebestimmungen gibt, etwa einen niedrigeren Mindestlohn oder die völlige Befreiung von der Pflicht, den gesetzlichen Mindestlohn zu zahlen. Zweitens wird bei den Fragen der *Executive Opinion Surveys*, anders als beim objektiven Indikator, explizit die effektive Durchsetzung der Mindestlohnvorschriften berücksichtigt. In manchen Ländern werden diese Vorschriften vielleicht nicht strikt eingehalten.

- 25** Insgesamt decken sich die Schätzergebnisse für die beiden Mindestlohnvariablen jedenfalls mit der großen Zahl früherer Studien in diesem Bereich. Auch bei diesen Studien haben sich am eindeutigsten nachteilige Beschäftigungswirkungen auf Jugendliche gezeigt, und zwar ebenfalls vor allem bei ihrer Erwerbstätigenquote, seltener bei ihrer Arbeitslosenquote.²³ Jugendliche weisen bei Eintritt ins Berufsleben aufgrund fehlender Berufserfahrung einen Produktivitätsnachteil auf; liegt der Mindestlohn über ihrer Produktivität (genauer: über ihrem Wertgrenzprodukt), haben sie schlechte Beschäftigungsaussichten. Ähnliches gilt auch für Geringqualifizierte und Frauen (letztere verfügen oftmals sowohl über eine schlechtere Bildung als auch über weniger Berufserfahrung als Männer).
- 26** Die Regressionsergebnisse für die Variablen „Einstellungs- und Kündigungsvorschriften“ und „Einstellungs- und Kündigungsverfahren“ deuten darauf hin, daß rigide Regulierungen auch in diesem Bereich die Arbeitsmarkt-Performance verschlechtern. Nach den Schätzergebnissen für den objektiven Indikator reduzieren rigide Einstellungs- und Kündigungsvorschriften das Beschäftigungsniveau, und zwar sowohl unter der gesamten erwerbsfähigen Bevölkerung als auch unter Jugendlichen (Tab. 3.1 und 4.1). Dieses Ergebnis wird durch die Regressionen mit dem subjektiven Indikator bestätigt (Tab. 3.2 und 4.2). Darüber hinaus deuten die Regressionen mit dem subjektiven Indikator an, daß rigide Einstellungs- und Kündigungsvorschriften auch die Arbeitslosigkeit erhöhen, und zwar ebenfalls sowohl unter allen Erwerbspersonen als auch unter Jugendlichen (Tab. 1.2 und 2.2). Die Ergebnisse für den subjektiven Indikator sind besonders glaubhaft, denn durch die Umfragen kann der effektive Rigiditätsgrad der Einstellungs- und Kündigungsvorschriften tendenziell besser erfaßt werden als mit Hilfe des entsprechenden objektiven Indikators (Abschnitt II).
- 27** Die Schätzergebnisse im Bereich der Einstellungs- und Kündigungsvorschriften stehen im Einklang mit der weit überwiegenden Zahl neuerer Untersuchungen anderer Autoren. Die meisten dieser Untersuchungen haben ebenfalls ergeben, daß rigide Vorschriften die Arbeitslosigkeit erhöhen und die Erwerbstätigkeit verringern, vor allem unter Jugendlichen.²⁴

23 Siehe etwa *Bazen/Skourias*, Is There a Negative Effect of Minimum Wages on Youth Employment in France?, *European Economic Review* 1997, 723; OECD, *Employment Outlook* (1998) S. 47; *Abowd/Kramarz/Lemieux/Margolis*, Minimum Wages and Youth Employment in France and the United States, *Youth Employment and Joblessness in Advanced Countries* (2000), S. 427; *Williams/Mills*, The Minimum Wage and Teenage Employment: Evidence from Time Series, *Applied Economics* 2001, 285; *Neumark/Wascher*, Minimum Wages, Labor Market Institutions, and Youth Employment: A Cross-National Analysis, *Industrial and Labor Relations Review* 2004, 223.

24 Nach den bereits erwähnten Untersuchungen von *Scarpetta, Elmeskov et al.*, dem Internationalen Währungsfonds und *Nickell et al.* haben rigide Einstellungs- und Kündigungsvorschriften die Arbeits-

Sind die Vorschriften über befristete Arbeitsverträge und Leiharbeit hingegen flexibel, haben Arbeitsuchende anscheinend häufiger die Chance, über solche atypischen Arbeitsverhältnisse in Beschäftigung zu kommen. Vor allem Jugendliche scheinen dadurch eine bessere Chance zu haben, sich in der Berufswelt zu etablieren. Sind die Kündigungsvorschriften nicht zu rigide, sind die Arbeitgeber anscheinend eher bereit, Arbeitssuchende auch unbefristet einzustellen, weil sie sich bei einer Verschlechterung der Geschäftslage wieder rasch von ihnen trennen können. Im Endeffekt kommt dieser Dispositionsspielraum der Arbeitgeber offensichtlich den Arbeitsuchenden zugute. **28**

Im Bereich des Tarifvertragsrechts sind die Ergebnisse ebenfalls eindeutig. Je höher der tarifvertragliche Erfassungsgrad, desto höher die Arbeitslosigkeit und desto niedriger das Beschäftigungsniveau, und zwar sowohl unter der Gesamtbevölkerung als auch unter Jugendlichen (Tab. 1.1, 2.1, 3.1 und 4.1). Auch ein höheres Maß an Zentralisierung und Koordinierung der Lohnverhandlungen scheint sowohl die Arbeitslosenquote zu erhöhen als auch die Erwerbstätigenquote zu senken (Tab. 1.1 und 3.1). Die Beschäftigungssituation Jugendlicher wird durch Unterschiede in der Zentralisierung und Koordinierung von Lohnverhandlungen anscheinend aber nicht beeinflusst (Tab. 2.1 und 4.1). **29**

Je höher der tarifvertragliche Erfassungsgrad und je zentraler die Lohnfindung, desto eingeschränkter die Möglichkeiten der Unternehmen, die Entlohnung ihrer Mitarbeiter an ihre jeweilige Geschäftslage anzupassen. Auch ist es schwieriger, die unterschiedliche Produktivität der einzelnen Beschäftigten zu berücksichtigen. Zudem ist bei einem hohen tarifvertraglichen Erfassungsgrad und bei einer Lohnfindung oberhalb der Unternehmensebene die Gefahr besonders groß, daß die Gewerkschaften überzogene Lohnforderungen durchsetzen, die mit der Produktivität vieler Arbeitskräfte und mit der Geschäftslage vieler Unternehmen unvereinbar sind. Im Ergebnis verschlechtert sich die gesamtwirtschaftliche Beschäftigungslage. **30**

Zahlreiche frühere Studien sind ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen, daß mit zunehmendem tarifvertraglichen Erfassungsgrad *ceteris paribus* die Arbeitslosenquote steigt und die Erwerbstätigenquote sinkt. Einige Studien haben allerdings auch ergeben, daß der negative Effekt eines hohen tarifvertraglichen Erfassungsgrades durch eine Koordinierung von Tarifverträgen weitgehend oder sogar vollständig kompensiert werden kann. Wichtig ist offenbar vor allem eine Koordinierung auf Seiten der Arbeitgeber. Nach der Untersuchung von *Scarpetta* beispielsweise **31**

losenquote in den OECD-Ländern erhöht, nach der Untersuchung von *Scarpetta* auch die Jugendarbeitslosenquote. Eine neuere Untersuchung der OECD hat ergeben, daß rigide Einstellungs- und Kündigungsvorschriften zudem die Jugenderwerbstätigenquote gesenkt haben. Vgl. *Scarpetta*, Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross-Country Study, OECD Economic Studies 1996, No. 26, 43; *Elmeskov/Martin/ Scarpetta*, Key Lessons for Labour Market Reforms: Evidence from OECD Countries' Experiences, Swedish Economic Policy Review 1998, 205; *International Monetary Fund*, World Economic Outlook (April 2003), S. 147; *Nickell/Nunziata/Ochel*, Unemployment in the OECD since the 1960s. What Do We Know?, Economic Journal 2005, 1; *OECD*, Employment Outlook (2004), S. 85.

senkt eine Koordinierung der Tarifverhandlungen auf Seiten der Arbeitgeber sowohl die Gesamt- als auch die Jugendarbeitslosenquote.²⁵

- 32** Rigide Arbeitszeitregulierungen erhöhen nach den Ergebnissen der vorliegenden Studie die Arbeitslosigkeit (Tab. 1.2). Außerdem senken sie anscheinend das Beschäftigungsniveau, und zwar sowohl unter allen erwerbsfähigen Personen als auch unter Jugendlichen (Tab. 3.2 und 4.2). Bei rigiden Arbeitszeitregulierungen kann das Arbeitsvolumen schlechter an Auftragsschwankungen angepaßt werden. Der Einsatz von Arbeitskräften wird damit weniger rentabel. Arbeitsplätze werden wegrationalisiert oder ins Ausland verlagert. Das Ergebnis ist eine höhere Arbeitslosigkeit und ein niedrigerer Beschäftigungsstand.
- 33** Über die Beschäftigungswirkungen von Arbeitszeitregulierungen gibt es bislang nur wenige andere Studien. Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes hat die Umfrageergebnisse aus den *Executive Opinion Surveys* zur Arbeitszeitregulierung bereits in zwei früheren Untersuchungen verwendet. Eine Untersuchung bezog sich auf den Zeitraum 1997 bis 2001 und umfaßte die OECD- sowie die damaligen EU-Beitrittsländer. Die zweite Untersuchung bezog sich auf den Zeitraum 1996 bis 2001 und umfaßte zwölf Transformationsländer. Beide Untersuchungen kamen, wie die vorliegende, zu dem Ergebnis, daß rigidere Arbeitszeitregulierungen mit einer höheren Arbeitslosen- und einer niedrigeren Erwerbstätigenquote korreliert sind, sowohl bei der Gesamtbevölkerung als auch bei Jugendlichen.²⁶
- 34** Nach der vorliegenden Studie ist der Einfluß der Arbeitsmarktregulierung auf die Arbeitsmarkt-Performance beträchtlich. Dies sei an einem Vergleich Deutschlands mit der Schweiz illustriert.²⁷ Die Schweiz hatte im Durchschnitt der sechs Untersuchungsjahre sowohl flexiblere Arbeitsmarktregulierungen als auch eine bessere Arbeitsmarkt-Performance:²⁸
- Wären die Einstellungs- und Kündigungsvorschriften in Deutschland genauso flexibel gewesen wie in der Schweiz, wäre nach den Schätzergebnissen in Deutschland *ceteris paribus* die Arbeitslosenquote um 1,9 Prozentpunkte niedriger, die Jugendarbeitslosenquote um 4,4 Prozentpunkte niedriger, die Erwerbstätigenquote um 4,7 bis 5,7 Prozentpunkte höher und die Jugenderwerbstätigenquote um 11,5 bis 12,1 Prozentpunkte höher gewesen.

25 *Scarpetta*, Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross-Country Study, OECD Economic Studies 1996, No. 26, 43; *OECD*, Employment Outlook (1997), S. 76; *Nickell/Layard*, Labor Market Institutions and Economic Performance, Handbook of Labor Economics, Vol. 3C (1999), S. 3029, 3053.

26 *Feldmann*, Labor Market Regulation and Labor Market Performance: Evidence Based on Surveys among Senior Business Executives, *Kyklos* 2003, 509; *Feldmann*, Labour Market Institutions and Labour Market Performance in Transition Countries, *Post-Communist Economies* 2005, 47.

27 Für die folgende numerische Illustration wurden selbstverständlich nur Schätzergebnisse herangezogen, die statistisch signifikant sind. In den Fällen, in denen für einen Typus von Arbeitsmarktregulierung Spannbreiten von Prozentsätzen angegeben werden, wurde der eine Prozentsatz mit Hilfe des Schätzergebnisses für die entsprechende objektive, der andere mit Hilfe des Schätzergebnisses für die entsprechende subjektive Variable berechnet.

28 Eine nähere Analyse des Schweizer Arbeitsmarktes findet sich bei *Straubhaar/Werner*, Arbeitsmarkt Schweiz – ein Erfolgsmodell?, *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* 2003, 60.

- Wäre der tarifvertragliche Erfassungsgrad in Deutschland genauso gering gewesen wie in der Schweiz, wäre nach den Schätzergebnissen in Deutschland *ceteris paribus* die Arbeitslosenquote um 1,4 Prozentpunkte geringer, die Jugendarbeitslosenquote um 3,5 Prozentpunkte geringer, die Erwerbstätigenquote um 4,3 Prozentpunkte höher und die Jugenderwerbstätigenquote um 4,0 Prozentpunkte höher gewesen.
- Wäre der Grad an Zentralisierung und Koordinierung der Lohnverhandlungen in Deutschland genauso gering gewesen wie in der Schweiz, wäre nach den Schätzergebnissen in Deutschland *ceteris paribus* die Arbeitslosenquote um 0,3 Prozentpunkte geringer und die Erwerbstätigenquote um 1,0 Prozentpunkte höher gewesen.
- Wären die Arbeitszeitvorschriften in Deutschland genauso flexibel gewesen wie in der Schweiz, wäre nach den Schätzergebnissen in Deutschland *ceteris paribus* die Arbeitslosenquote um 1,0 Prozentpunkte niedriger, die Erwerbstätigenquote um 3,5 Prozentpunkte höher und die Jugenderwerbstätigenquote um 6,5 Prozentpunkte höher gewesen.

Da es in Deutschland (noch) keinen gesetzlichen Mindestlohn gibt, soll die Größenordnung der Effekte in diesem Bereich am Beispiel eines Vergleichs Frankreichs mit den USA illustriert werden. Die USA hatten im Durchschnitt der sechs Untersuchungsjahre sowohl einen niedrigeren Mindestlohn (im Verhältnis zum Durchschnittslohn) als auch eine bessere Arbeitsmarkt-Performance. Wäre der Mindestlohn in Frankreich genauso gering gewesen wie in den USA, wäre nach den Schätzergebnissen in Frankreich *ceteris paribus* die Jugendarbeitslosenquote um 2,7 Prozentpunkte niedriger, die Erwerbstätigenquote um 1,8 Prozentpunkte höher und die Jugenderwerbstätigenquote um 2,2 bis 7,0 Prozentpunkte höher gewesen. Weder diese noch die Zahlen im vorhergehenden Absatz sollten zu genau genommen werden. Sie machen aber exemplarisch deutlich, daß rigide Arbeitsmarktregulierungen wahrscheinlich hohe volkswirtschaftliche Kosten in Form einer schlechten Arbeitsmarkt-Performance mit sich bringen. **35**

IV. Lehren für Deutschland

Nach den Regressionsanalysen verschlechtern rigide Arbeitsmarktregulierungen die Performance des Arbeitsmarktes erheblich. Offenbar verschlechtern sie vor allem die Beschäftigungslage Jugendlicher. Wie aufgezeigt, werden diese Ergebnisse durch eine große Zahl anderer empirischer Studien gestützt. Die hohe, strukturell verfestigte Arbeitslosigkeit in Deutschland dürfte somit zu einem erheblichen Teil durch die zahlreichen Rigiditäten mitverursacht sein, die im hiesigen Arbeitsrecht bestehen. Um die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen, sind daher umfassende und tiefgreifende Reformen erforderlich. Auch die Erfahrungen anderer Länder und theoretische Analysen unterstreichen, daß arbeitsrechtliche Reformen bei einer **36**

solchen Ausgangslage umfassend und tiefgreifend sein müssen.²⁹ Im einzelnen sind folgende Reformmaßnahmen anzuraten:

- Befristete Arbeitsverträge sollten auch ohne sachlichen Grund und ohne zeitliche Obergrenze statthaft sein, ebenso aufeinanderfolgende befristete Verträge mit demselben Arbeitnehmer. Leiharbeit sollte auch im Baugewerbe und ohne Beschränkung der Verleihdauer erlaubt sein. Die bislang bestehenden Einschränkungen bei der Verwendung befristeter Verträge im Rahmen der Leiharbeit sollten aufgehoben werden. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des entleihenden Unternehmens in der Frage, ob Leiharbeiter eingestellt werden, sollte entfallen.
- Der gesetzliche Kündigungsschutz sollte im Rahmen jedes Arbeitsvertrages abdingbar sein. Zugleich sollte er wesentlich reduziert werden. Beispielsweise könnte man die gesetzliche Kündigungsfrist auf einheitlich vier Wochen festlegen. Bei betriebsbedingten Kündigungen sollte die Beweispflicht des Arbeitgebers, daß der Arbeitsplatz des Gekündigten weggefallen ist, durch eine Pflicht zur Glaubhaftmachung, daß betriebliche Gründe einen Personalabbau erforderlich machen, ersetzt werden. Die Sozialauswahl und das Widerspruchsrecht des Betriebsrats sollten bei betriebsbedingten Kündigungen entfallen.
- Im Tarifvertragsrecht sollten die gesetzliche Nachwirkungsfrist von Tarifverträgen für aus dem Arbeitgeberverband ausgetretene Unternehmen auf maximal sechs Monate begrenzt, die Tarifüblichkeitssperre für nicht tarifgebundene Unternehmen beseitigt und die Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen abgeschafft werden. Vor allem aber sollte das Günstigkeitsprinzip geändert werden. Es sollte gesetzlich klargestellt werden, daß jede Abweichung von einem Tarifvertrag, der ein Arbeitnehmer freiwillig zustimmt, als günstiger anzusehen ist. Nur der einzelne Arbeitnehmer kann beurteilen, ob für ihn beispielsweise eine Lohnsenkung günstiger ist als eine ansonsten eventuell unvermeidliche Kündigung.
- Arbeitszeitregulierungen sollten auf Vorschriften zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer beschränkt werden. Konkret empfiehlt sich eine Erhöhung der täglichen Höchstarbeitszeit von zehn auf zwölf Stunden (unter Beibehaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 60 Stunden). Der Ausgleichszeitraum zur Einhaltung der durchschnittlichen gesetzlichen Höchstarbeitszeit von 48 Wochenstunden sollte zudem von 24 auf 52 Wochen verlängert werden. Überstunden sollten nicht mehr der Zustimmung des Betriebsrats, sondern nur noch der des betroffenen Arbeitnehmers bedürfen. Auch sollten Arbeitnehmer und Arbeitgeber einzelvertraglich die Arbeitszeit verkürzen können (ggf. bei teilweisem oder vollem Lohnverzicht).

29 *Coe/Snowder*, Policy Complementarities: The Case for Fundamental Labor Market Reform, IMF Staff Papers 1997, 1; *Elmeskov/Martin/Scarpetta*, Key Lessons for Labour Market Reforms: Evidence from OECD Countries' Experiences, Swedish Economic Policy Review 1998, 205.

- Auf die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns sollte verzichtet werden. Das Existenzminimum geringverdienender Arbeitnehmer läßt sich außerhalb ihrer Beschäftigungsverhältnisse durch degressiv ausgestaltete Lohnsteuergutschriften (etwa in Form des US-amerikanischen *Earned Income Tax Credits*) oder Sozialhilfe sichern. Ist die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns politisch nicht zu verhindern, sollte er auf einem niedrigen Niveau festgesetzt werden. Auch sollten weitreichende Ausnahmeregelungen erlassen werden. Jugendliche und Geringqualifizierte sollten von den Mindestlohnvorschriften ausgenommen werden. Zumindest sollte für sie ein deutlich niedrigerer Satz festgelegt werden. Darüber hinaus sollte der Mindestlohn eingefroren werden, so daß er im Laufe der Zeit real und im Verhältnis zu den Marktlöhnen tendenziell sinkt. Im gleichen Maße ließen seine beschäftigungsschädlichen Wirkungen allmählich nach.

Durch die genannten Reformen würde die Flexibilität der Löhne, der Arbeitszeiten und der Unternehmen wesentlich erhöht. Bei Löhnen, Arbeitszeiten und Beschäftigung ergäben sich Muster, die den Erfordernissen der Unternehmen und der Produktivität der Arbeitskräfte besser entsprächen. Etablierte Unternehmen schufen Arbeitsplätze, die unter den derzeitigen Bedingungen, insbesondere zu den derzeitigen Tariflöhnen, unrentabel sind. Neue Unternehmen würden gegründet, die unter den derzeitigen Bedingungen nicht existieren können. Ausländische Unternehmen produzierten vermehrt in Deutschland, inländische verlagerten weniger Arbeitsplätze ins Ausland und verlagerten eventuell wieder einige zurück. Die steigende Nachfrage nach Arbeitskräften reduzierte nicht nur die Arbeitslosigkeit, sondern führte mittelfristig auch zu steigenden Reallöhnen. **37**

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble:

- 38 Wir haben eine gewisse Spannung im Verhältnis zum ersten arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996. Dieses hat – so sagen die meisten – keinen Beschäftigungseffekt gebracht. Daraus leiten natürlich diejenigen, die den Kündigungsschutz verteidigen, her, daß es überhaupt nichts bringe, auf zehn Arbeitnehmer hochzugehen, weil dann kein einziger mehr eingestellt werde. Andere sagen: Na ja, Moment, bedenkt bitte, die SPD hat ja vom ersten Tag an gesagt, wir machen irgendwann ein Korrekturgesetz und welcher Unternehmer stellt denn jemanden auf der Basis eines sozusagen flexibilisierten Geltungsbereichs im § 23 KSchG ein, wenn er weiß, einige Jahre später wird er sowieso wieder einkassiert.

Vor diesem Hintergrund hat mir auch der Gedanke gut gefallen, ein Arbeitsverhältnis als eine Investition zu begreifen, die eine langfristige Perspektive hat. Wir können diesen Gedanken nicht überprüfen. Wir könnten einmal untersuchen – so was gibt es auch in den USA – wie das ist, wenn man in einem Land ganz neu den Kündigungsschutz einführt. Dann haben Sie einmal, ausnahmsweise, so eine punktuelle Wirkung, vorausgesetzt, Sie haben eine langfristige Perspektive für die Geltung der Rechtsnorm. Das haben wir bei uns nicht, und es findet sich auch der Bundestag nicht bereit, aus Gründen der Ursachenforschung jetzt Gesetze zu ändern, um zu statistisch validen Daten zu kommen. Also, wenn wir diese unmittelbare Wirkung nicht haben, dann bleibt uns eben nur übrig, in Ermangelung direkter Kausalität auf Statistiken und Korrelationen zurückzugreifen. Das ist zwar ein fragwürdiges Erkenntnisinstrument. Das Stichwort ist insbesondere „*ceteris paribus*“, darüber ist schon viel gelästert worden, das brauche ich nicht zu wiederholen. Aber wenn wir kein besseres Instrument haben, wären wir blind, uns nicht wenigstens diese Ergebnisse zu Gemüte zu führen. Ich muß sagen, ich war überrascht. Also, ich hätte mir jetzt nicht vorgestellt, daß man auf statistisch valide Art und Weise einen so massiven Einfluß des arbeitsrechtlichen Deregulierungsgrades gerade auf Jugendarbeitslosigkeit nachweisen kann. Das ist neu für mich.

Privatdozent Dr. Hans Hanau, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 39 Wenn ich Sie recht verstanden haben, Herr *Feldmann*, lautet doch ihre Theorie: je weniger Arbeitsrecht, desto höher die Beschäftigungsquote. Vielleicht zu simpel, aber so habe ich Sie tendenziell verstanden. Nun eine ganz ketzerische Frage: Könnte man auch sagen: Gar kein Arbeitsrecht mehr, dann maximale Beschäftigungsquote? Ausgehend von der These, welche ich auch immer meinen Studenten erzähle, daß Arbeitsrecht tendenziell Interventionsrecht ist und sozusagen eine Ausnahme zum freien Dienstvertrag darstellt, könnte man zu dem Schluß kommen, daß alles, was man als Investitionshemmnis betrachtet, beseitigt werden muß. Nach dem Motto: Wir werfen diese undankbaren, dicken Bücher in die Tonne und dann geht es dem Arbeitsmarkt gut. Möglicherweise müßte man das kompensieren durch staatliche Transferleistungen, denn man will die Leute ja auch nicht verelenden

lassen. Das wäre natürlich keine Beschäftigungsmaßnahme gerade für diesen Kreis hier. Aber es wäre eine interessante These. Würden Sie das unterstützen, wenigstens näherungsweise? Oder ist das völliger Unsinn?

Privatdozent Dr. Horst Feldmann, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Also, statistisch gesehen kann man diese Aussage: „wenn wir kein Arbeitsrecht hätten, hätten wir auch keine Arbeitslosigkeit“ nicht stützen, weil es einfach kein Land gibt, indem es kein Arbeitsrecht gibt. Sie können das in meinem Datensatz nicht erkennen. Auch abgesehen davon, würde ich eine solche pointierte Aussage nicht unterstützen wollen. Es kommt nicht darauf an, weniger Arbeitsrecht, sondern eine andere Qualität des Arbeitsrechtes zu haben. Meine Untersuchung und auch viele andere Untersuchungen, die ein ähnliches Bild ergeben, besagen nur, daß striktere Arbeitsmarktregulierungen beschäftigungsschädlich sind. Herr *Rieble* hatte das bereits angesprochen. Er sei über die Ergebnisse etwas überrascht gewesen. Ich war es nur über die Eindeutigkeit mancher Ergebnisse. **40**

Es gibt im übrigen eine ganze Reihe neuerer Untersuchungen von wesentlich renommierteren Ökonomen als von mir. Der IWF beispielsweise hat im Jahr 2003 in seiner Hauptpublikation „*World Economic Outlook*“ eine große, bezüglich der OECD Länder auch international vergleichende Untersuchung über die Auswirkungen von Arbeitsmarktinstitutionen auf die Arbeitslosigkeit publiziert und ist zu einem sehr ähnlichen Bild gekommen. Auch hier hat sich erwiesen, daß striktere Kündigungsvorschriften die Arbeitslosigkeit erhöhen, daß ein höherer tarifvertraglicher Erfassungsgrad die Arbeitslosigkeit erhöht usw. Das erwähnte Bild ergibt sich nicht nur aus meiner eigenen Untersuchung, sondern eben auch aus den allermeisten der anderen Untersuchungen. Vor allen Dingen aber aus den methodisch anspruchsvollsten Untersuchungen, die in den letzten Jahren veröffentlicht worden sind. Auch gerade – Herr *Rieble* sprach das an – in bezug auf Jugendliche. Hier sind die Ergebnisse, wenn man das Gesamtbild der empirischen Studien, die vorliegen, betrachtet, noch eindeutiger als bezüglich der Auswirkungen auf die Gesamt-arbeitslosenquote, gerade was den Mindestlohn betrifft. Es gibt Länderstudien und es gibt international vergleichende Studien, und bei fast allen kommt heraus, daß Mindestlohnvorschriften die Beschäftigungssituation der Jugendlichen verschlechtern, ihre Erwerbstätigenquote senken und ihre Arbeitslosenquote erhöhen. Dazu gibt es nicht nur dutzende, sondern sogar schon hunderte von Untersuchungen.

Und jetzt stellt sich nicht die Frage, wie sie etwas polemisch in den Raum gestellt wurde: Sollen wir das ganze Arbeitsrecht abschaffen? Die Frage muß dagegen lauten: Sollten wir in den Bereichen, in denen nachweislich nachteilige Effekte auftreten, auf eine Deregulierung oder auf eine neue Art der Regulierung setzen? Das hieße zum Beispiel im Kündigungsrecht mehr Flexibilität und mehr Autonomie für die eigentlichen Vertragsparteien, nämlich Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bei der Festlegung des Kündigungsschutzes. Das kann man prinzipiell auch einzelvertraglich regeln oder natürlich, wenn nötig und sinnvoll, eben auf manche Instrumente verzichten, wie beispielsweise auf das Instrument eines gesetzlichen Mindestlohns.

In einzelnen Bereichen ist dann der gänzliche Verzicht durchaus angezeigt, Herr Hanau.

Professor Dr. Abbo Junker, Georg-August-Universität Göttingen:

- 41 Zunächst einmal vielen Dank für Ihr sehr aufschlußreiches Referat. Es wird Sie aber wahrscheinlich nicht wundern, wenn man aus juristischer Sicht vielleicht die eine oder andere Nachfrage dazu stellen kann. Ich hätte drei Fragen. Zum ersten schwebt mir so aus meinen bescheidenen wirtschaftswissenschaftlichen Kenntnissen vor, daß die *ceteris paribus*-Bedingungen natürlich bei Ihnen ganz interessant oder ganz bedeutsam sind. Ich stelle mir mal vor, daß wir nach dem Vorschlag des Kollegen Rieble den Kündigungsschutz völlig deregulieren und die Arbeitslosenquote in der Tat signifikant sinkt. Das können wir natürlich nur dann irgendwie in Korrelation bringen – so verstehe ich das jedenfalls –, wenn alle anderen Bedingungen gleich bleiben. Das heißt, wenn gleichzeitig mit der Abschaffung des Kündigungsschutzgesetzes die Konjunktur wahnsinnig anzieht, dann müßte eigentlich schon dieser Zusammenhang nur schwer darstellbar sein.

Der zweite Punkt: Mir schwebt weiter vor, daß sich auf Grund der *ceteris paribus*-Bedingung diese Effekte natürlich irgendwo aufheben. Denn Sie sagen, und ich überzeichne jetzt leicht: Wir verringern die Arbeitszeit, dann verringern wir den Arbeitszeitregulierungsgrad und dann reduzieren wir die Arbeitslosenquote um fünf Prozentpunkte. Wir schaffen den Tarifvertrag ab, dann reduzieren wir sie noch mal um fünf Prozentpunkte, und wenn wir dann noch den Kündigungsschutz regulieren, haben wir noch mal fünf Prozentpunkte Arbeitslosigkeit weniger. So viel Prozentpunkte Arbeitslosigkeit haben wir aber gar nicht. Deswegen ist meine Idee, daß irgendwann der Effekt solcher Maßnahmen ausbleibt.

Eine dritte, eher skeptische Bemerkung hinsichtlich der Prämissen: Ich halte mich öfter in der Schweiz auf und bin so ein bißchen skeptisch mit Blick auf die Prämissen bezüglich Arbeitszeit, Kündigung und Tarifvertrag. Aber ich weiß es auch nicht besser als Sie, deswegen kann ich da letztlich nur ein Fragezeichen anbringen, aber nicht definitiv sagen, wie ich das finden würde.

Horst Feldmann:

- 42 Zu den *ceteris paribus*-Bedingungen: Das dient natürlich, wie ich gesagt habe, nur der Illustration der Größenordnung der Effekte. Wenn Sie mehrere Effekte kombinieren würden, beispielsweise die Abschaffung des Kündigungsschutzes mit einer besseren Konjunktur, dann könnte es sein, daß der Effekt noch größer wäre. Das bedeutete die simultane Änderung zweier Variablen, denn sowohl eine bessere Konjunktur als auch – jedenfalls nach meinen Schätzergebnissen – ein flexiblerer Kündigungsschutz, würden ja in die gleiche Richtung wirken, nämlich die Beschäftigungssituation zu verbessern. Die *ceteris paribus*-Bedingungen braucht man einfach, um Beispielsrechnungen durchführen zu können. Und diese dienen nur der Illustration der Größenordnung der Effekte. Ich möchte wirklich betonen, daß die

Zahlen, die ich Ihnen in dieser Beispielrechnung präsentiert habe, nicht auf eine Stelle hinter dem Komma genau genommen werden sollten. Wenn wir beispielsweise geschätzte Effekte hätten, die sich im Promillebereich bewegen würden, dann könnten wir sagen, daß es zwar statisch signifikante Zusammenhänge gibt, diese aber in ihrer Größenordnung so klein wären, daß wir gar nicht weiter darüber sprechen müßten. Was ich Ihnen hier demonstrieren wollte ist, daß sich aus meinen Schätzergebnissen, und das gilt auch für die Ergebnisse anderer Studien, derjenigen des IWF beispielsweise, Größenordnungen ergeben, die durchaus relevant sind für eine weitere Diskussion.

Nun zu der Frage, ob sich die Effekte gegenseitig aufheben. Das ist ein typisches Problem solcher *ceteris paribus*-Schätzungen, das ist völlig klar. Sie können natürlich nicht simultan alles schätzen. Sie können nicht behaupten: Wenn wir jetzt ein Gesamtpaket an Reformen schnüren und das in Deutschland einführen würden, dann würde die Arbeitslosigkeit, sagen wir einmal, auf 4% sinken. Sondern Sie kommen da manchmal zu Ergebnissen – wenn Sie das alles kombinieren wollten –, die halt nicht mehr in einem relevanten Bereich liegen, sprich unter Null. Das gilt aber nicht so sehr für solche Untersuchungen wie der meinigen. Viel relevanter ist das zum Beispiel bei den Klimamodellen, mit denen die globale Erwärmung prognostiziert oder analysiert wird, da diese nämlich noch viel instabiler sind. Da müssen die Forscher noch viel engere Grenzen ziehen und zwar relativ willkürlich, damit nicht Ergebnisse rauskommen, die völlig unplausibel sind. Das aber nur am Rande. Das ist ein Problem oder eine Einschränkung bei solchen statistischen Analysen, die in der Natur der Sache liegt, das können Sie nicht beseitigen. Aber gleichwohl möchte ich mich der Meinung von Herrn *Rieble* anschließen, daß wir eben derzeit nichts besseres haben, um diese Kausalzusammenhänge zu analysieren. Deswegen denke ich, daß es schon die Sache wert ist, sich das anzuschauen, auch wenn natürlich diese Einschränkungen bestehen.

Dann Ihre Frage nach den Prämissen. Da weiß ich jetzt nicht, worauf Sie nun genau hinauswollen. Der Einwand, mit dem ich gerechnet hatte, ist der, daß die Schweiz ein Sonderfall ist. Sie wissen alle, die Schweiz ist die Fluchtburg des internationalen Kapitals und deswegen geht es denen halt besonders gut. Daher kann sie sich ein flexibles Arbeitsrecht leisten. Ich habe die Schweiz als Beispiel genommen, weil sie, wie bereits ausgeführt, sowohl flexiblere Arbeitsmarktregulierung als auch eine bessere Arbeitsmarkt-Performance hat und nicht ganz so extrem dasteht wie die USA. Die USA haben noch flexiblere Arbeitsmarktvorschriften und auch eine insgesamt bessere Arbeitsmarkt-Performance. Nicht für Jugendliche – jedenfalls nicht für die Jugendarbeitslosigkeit, für die Jugenderwerbstätigenquote schon. Aber die USA habe ich diesmal eben ganz bewußt als Beispiel außen vor gelassen. Jeder paarweise Vergleich zweier Länder hinkt natürlich, weil dann eben auch länder-spezifische Faktoren in Rechnung zu stellen sind. Aber ich möchte doch daran erinnern, daß meine gesamten Regressionen natürlich nicht auf zwei Länder abgestützt waren, sondern eben auf einer Gruppe von 19 Industrieländern, mithin auf allen wichtigen Industrieländern.

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 43 Noch eine kurze Anmerkung, welche vielleicht die Andeutung des Kollegen *Junker* aufgreift: Es ist gerade bei dem Parameter „tarifvertraglicher Erfassungsgrad“ natürlich ein riesengroßer Unterschied, ob Sie beispielsweise viele kleine Haustarife, die in keiner Weise koordiniert sind, oder ob Sie zentralistische Flächentarife in Deutschland haben, die dann doch mehr oder weniger – meistens nur indirekt, also schuldrechtlich mittelbar – eine sehr starke Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen herbeiführen. Und das, könnte ich mir vorstellen, ist in der Schweiz anders. Aber dazu könnten Sie vielleicht noch etwas sagen.

Horst Feldmann:

- 44 Ja, ein sehr guter Punkt. Meine Variable „tarifvertraglicher Erfassungsgrad“ differenziert nicht nach der Art des Tarifvertrags: Haustarifvertrag auf Betriebs-ebene, auf Unternehmensebene oder Tarifvertrag auf Branchenebene, sogar landesweite Tarifvereinbarungen oder Lohnvorgaben gibt es in manchen Ländern. Ich habe aber statt dessen die Variable „Zentralisierung und Koordinierung der Lohnverhandlungen“ noch hinzugenommen, die genau in der Hinsicht abgestuft ist. Deswegen habe ich beide Variablen genommen. Der tarifvertragliche Erfassungsgrad mißt in der Tat nur den Prozentsatz der Arbeitnehmer, die unter einen Tarifvertrag fallen, egal ob das ein Haustarifvertrag oder ein Branchentarifvertrag ist. Aber ich habe noch die zusätzliche Variable „Zentralisierung und Koordinierung der Lohnverhandlungen“, und die ist genau nach diesen Punkten differenziert. Der Indikator reicht, wenn ich mich recht erinnere, von eins bis fünf. Eins heißt keine Art von Koordinierung und Zentralisierung, sprich nur Einzelarbeitsverträge und Haustarifverträge. Fünf bedeutet, daß Lohnverhandlungen oder Lohnleitlinien auf gesamtstaatlicher Ebene dominierend sind, und irgendwo im mittleren Bereich, um drei herum, finden Sie dann in abgestufter Weise die Zentralisierung auf Branchenebene.

Dr. Ivo Natzel, Bundesarbeitgeberverband Chemie:

- 45 Ich möchte auch noch einmal zu dieser These, daß die Abnahme des tarifvertraglichen Erfassungsgrades sich gesamtökonomisch positiv auswirken würde, zwei Sachen nachfragen. Einmal: Beziehen Sie als Ökonom die Auswirkungen fehlender Tarifbindung in ihrer Überlegung mit ein? Ich nenne nur zwei Stichworte: einmal „Friedensfunktion“ und „Ordnungsfunktion“ des Tarifvertrages. Beziehen Sie also beispielsweise ein, was es ökonomisch bedeuten würde, wenn die Arbeitsbedingungen auf betrieblicher Ebene ausgehandelt werden müßten? Dies betrifft die Friedensfunktion. Oder beziehen Sie ein, was es bedeuten würde, wenn Sie jeweils die Arbeitsbedingungen mit dem jeweiligen Arbeitnehmer gesondert aushandeln müßten und infolgedessen kein einheitliches System im Betrieb hätten? Das hat ja dann alles auch in ökonomischer Hinsicht Auswirkungen.

Die zweite Frage: Wenn diese These stimmt, daß sich das positiv auswirken würde, wenn die Tarifbindung abnimmt, dann frage ich Sie, wieso laut dem IAB-Panel über

80% der Arbeitsverhältnisse nach Tarifvertrag behandelt werden? Diese Angabe umfaßt Fälle, in denen entweder Tarifbindung besteht oder das Arbeitsverhältnis in Anlehnung an einen Tarifvertrag behandelt wird. Diese Unternehmen müßten nach der These ökonomisch unvernünftig handeln. Wieso tun das dann aber über 80% der Unternehmen?

Horst Feldmann:

Gute Frage. Diese Frage habe ich gerade vor Beginn der Tagung mit zwei Vertretern von Arbeitgeberverbänden diskutiert. Warum gibt es nicht mehr Unternehmen, die bei Ihnen OT-Mitglieder sind? Oder warum gibt es sogar Unternehmen, die aus der OT-Mitgliedschaft wieder in die reguläre Mitgliedschaft, also unter den Flächentarifvertrag zurückkehren? Oder warum stellen Unternehmer nicht Nichtgewerkschaftsmitglieder ein, zu einem untertariflichen Lohn, was ja rechtlich möglich wäre? Beantwortet wurde meine Frage mit dem Problem des Betriebsfriedens. Das war ein wichtiges Argument. Man möchte im Unternehmen nicht allzusehr zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtgewerkschaftsmitgliedern differenzieren, um den Frieden innerhalb des Betriebes aufrecht zu erhalten. Oder man nannte das Problem, daß man als nichttarifgebundenes Unternehmen dann dem gewerkschaftlichen Einfluß ungeschützt ausgesetzt sei. Das scheinen die beiden wichtigsten Faktoren zu sein. **46**

Meine Schätzungen zeigen, daß in Ländern mit einem geringeren tarifvertraglichen Erfassungsgrad die Arbeitslosigkeit geringer und die Erwerbstätigenquote höher ist. Trotz aller Probleme, die sich hieraus ergeben können, was die Streikhäufigkeiten und ähnliches betrifft. Aber Sie haben beispielsweise in den USA einen tarifvertraglichen Erfassungsgrad von glaube ich 14% und eine bessere Arbeitsmarkt-Performance. Und das gilt für viele andere Länder auch. Wenn es wirklich das primäre Ziel für uns als Arbeitsrechtler und als Ökonomen ist, die Arbeitslosigkeit abzubauen, dann ist eben dieser Zusammenhang entscheidend, der Zusammenhang zwischen den relevanten arbeitsmarktrechtlichen Regelungen und ihre Auswirkung auf die Arbeitslosigkeit. Daran gemessen verkommen, mit Verlaub gesagt, solche Begriffe wie „Ordnungsfunktion“ des Tarifrechtes oder des Tarifvertrages ein bißchen zu hohlen Begriffen. Wenn wir zeigen können, daß weniger tarifvertragliche Bindung die Arbeitslosigkeit senkt, dann frage ich Sie etwas polemisch: Finden Sie, daß sozusagen eine Massenarbeitslosigkeit von mehreren Millionen Menschen in Deutschland seit über 30 Jahren eine Ordnung ist, die wir weiter zementieren oder nicht lieber hinterfragen sollten?

Volker Rieble:

Natürlich haben Sie eine Transaktionskostensparung, wobei die auch wieder nicht so hoch ist, weil Sie ja die Eingruppierung wieder als Last des Tarifvertrages sehen müssen. Aber die ist natürlich in der Statistik mit drin, denn wenn ich ein Land mit geringem Tarifgeltungsgrad habe, dann entstehen dort ja gerade die höheren individualvertraglichen oder betrieblichen Regelungskosten und trotzdem ergibt die **47**

Statistik eine korrelierend niedrigere Arbeitslosigkeit. Es ist ja nicht so, daß ein Arbeitsvertragsschluß in einem Land mit weniger Tarifniveau kein Geld kostet, sondern es kostet auch Verhandlungsmühe etc. Das ist schon drin. Zu dem IAB-Panel muß man immer eins sagen: Das ist die klassische Insider-Outsider-Theorie. Für den Unternehmer und den Arbeitnehmer, der einen Arbeitsplatz hat, ist es selbstverständlich unter Umständen lohnend, freiwillig den Tariflohn zu vereinbaren. Diese Frage, warum die nicht mehr außertariflich oder gar untertariflich machen, hat auch was mit der Marktprägung des Tarifvertrages zu tun. Sie kriegen als Unternehmen schlicht keine Fachkräfte mehr, wenn sie unter Tarif bezahlen. Also auch ohne tarifgebunden zu sein, müssen sie den Tarifvertrag als Marktpreis beachten. Jedenfalls im Westen Deutschlands, wo er eine solche Prägefunktion hat.

Und das zweite ist, daß Sie bei der Bank gut dastehen wollen. Und wenn sich einer noch nicht einmal den Metalltarifvertrag leisten kann, im Großraum Stuttgart, ja, dann kriegt er keinen Kredit mehr. Das kann ein Indiz für eine Krise sein, und man versucht, solche Krisenanzeichen eigentlich zu vermeiden. Also, da gibt es viele Faktoren. Der einzelne Arbeitgeber verhält sich nicht gesamtwirtschaftlich vernünftig, der versucht nicht die Arbeitslosigkeit in Deutschland oder gar die Jugendarbeitslosigkeit zu senken, sondern, seinen Betrieb in Ruhe und Ordnung zu halten.

Matthias Rohrmann, Arbeitgeberverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister:

- 48 Herr *Feldmann*, ich habe noch einmal zwei Fragen. Zum einen zur Klärung: Wie genau definieren Sie denn flexible Arbeitsmarktregulierungsbedingungen? Das ist mir nicht so ganz klar geworden, weil Sie ja immer sagen: Länder mit flexiblerer Regulierung. Woran haben Sie das letztendlich festgemacht?

Und zum anderen: Das mit der Konjunktur ist mir auch noch nicht so ganz klar geworden. Denn Sie sagen, einerseits gehen Sie von gleichen Bedingungen aus. Sie haben dann ja auch diese Ländergruppen gebildet. Aber die Zahlen, das Datenmaterial, das Ihnen vorliegt, ist erhoben worden in einem Zeitraum, in dem es nun einmal sehr starke konjunkturelle Schwankung in diesen Ländern und innerhalb dieser Ländergruppen in unterschiedlicher Weise gegeben hat.

Horst Feldmann:

- 49 Die letzte Frage zuerst: Der Konjunktoreinfluß wird ausgeschaltet mit einer sogenannten Kontrollvariable, der Produktionslücke. Das ist der Abstand der tatsächlichen Produktion von der Vollauslastung der Produktion. Den Konjunktoreinfluß kann man statistisch mit einer solchen Kontrollvariable ausschalten. Das habe ich, wie man gesehen hat, auch gemacht.

Zum Punkt „flexible Arbeitsmarktregulierung“: Was ich darunter verstehe, habe ich anhand der Definition meiner Variablen verdeutlicht. Flexiblere Arbeitsmarktregulierungen sind beispielsweise geringerer gesetzlicher Mindestlohn oder kein gesetzlicher Mindestlohn, weniger Einschränkungen gesetzlicher Art durch Ein-

stellungs- und Kündigungsvorschriften, also bei der Verwendung befristeter Arbeitsverträge, Zeitarbeit oder auch Stricktheit des Kündigungsschutzes, also Länge der Kündigungsfristen oder auch Voraussetzung für die Aussprechung von Kündigungen. Im Bereich Arbeitszeitregulierung wurden die befragten Manager gefragt, ob ihnen durch Arbeitszeitregulierung erschwert wird, die Produktion an Nachfrageschwankungen anzupassen. Hier fließt alles ein, was denkbar ist, von Beschränkung von Überstunden bis zur Extrabezahlung, die für Überstunden gesetzlich vorgeschrieben sein kann. An diesen drei Beispielen sei noch einmal klar gemacht, was ich unter flexiblerer Arbeitsmarktregulierung verstehe.

Klaus Bepler, Bundesarbeitsgericht Erfurt:

Nur eine ergänzende Bemerkung: Der Kampf zwischen den Ökonomen und den Arbeitsrichtern beruht auch darauf, daß es natürlich die Frage gibt, unter welchen Bedingungen die Arbeit geleistet wird. Arbeitslosigkeit mit dem Ziel einer Vollbeschäftigung, wie sie in früheren Kulturen bestanden hat, zu beseitigen, ist kein Ziel, dem sich ein Arbeitsrechtler – denke ich – widmen kann. Sodaß ich also meine, daß die These, daß der Arbeitgeber flexibel Kündigungen aussprechen und einseitig entscheiden kann, das subjektive Movens war, die Flexibilisierung des Kündigungsrechts herbeizuführen. Das mag in der Tat arbeitsmarktpolitisch wünschenswert sein, ob es arbeitsrechtlich wünschenswert ist, wage ich zu bezweifeln. **50**

Was die Frage der tarifvertraglichen Prägung eines Marktes angeht, da hätte ich eine ergänzende Frage, weil ich glaube, daß Herr *Natze/* mit seiner Tendenz richtig liegt. Wie wird denn gemessen, daß sich aus bestimmten Rahmenbedingungen eine Produktivitätssteigerung ergibt? Die Produktivität am einzelnen Arbeitsplatz muß doch notwendigerweise zu einer geringeren Beschäftigungsintensität führen können. Das heißt, mit anderen Worten, wenn es richtig ist, daß der Tarifvertrag in Deutschland in den letzten 40 Jahren zu einer erheblichen Effektivierung der Produktionsverhältnisse geführt hat, dann kann das natürlich auch die Folge haben, daß es geringere Erwerbstätigkeitsquoten gibt. Das mag so sein, ich kann das nicht beurteilen, nur wenn es so ist, muß die Tatsache, daß ein erheblich größerer Ertrag aus der Arbeit erwirtschaftet wurde und damit ein betriebswirtschaftlicher Vorteil entstanden ist, doch irgendwie einfließen in die Bewertungen, die wir hier vornehmen.

Horst Feldmann:

Ich fange wieder mit der letzten Frage an. Da fällt mir der Begriff ein, den die Gewerkschaften in den siebziger Jahren noch frank und frei verwendet haben, nämlich der Begriff der Lohnpeitsche. Da wurde von den Gewerkschaften tatsächlich allen Ernstes behauptet, wir bräuchten eine hohe Lohnsteigerung, um die Unternehmen zu zwingen, in moderne Anlagen zu investieren, um die Produktivität zu erhöhen und damit eben auch sozusagen den Wohlstand im Lande zu erhöhen. Nun, was man auf diese Weise geschafft hat, ist, eine sehr hohe Arbeitslosigkeit unter Geringqualifizierten zu erzeugen und zwar eine Arbeitslosigkeit, die schon über **51**

Jahrzehnte verfestigt ist. Die Arbeitslosigkeit unter Geringqualifizierten ist ungefähr dreimal so hoch wie die Gesamtarbeitslosenquote. Und das genau ist der Effekt dieser Gewerkschaftspolitik gewesen, Lohnpolitik als Lohnpeitsche anzuwenden. Man hat dadurch die Geringproduktiven aus dem Erwerbsleben herausgedrängt, um höhere Löhne zu erwirtschaften.

Klaus Bepler:

- 52** Wir haben diesen Arbeitsmarkt so wie er ist. Sie können doch nicht sagen, wir haben jetzt den Geringqualifizierten Arbeitsplätze weggenommen, nun haben wir geringqualifizierte Arbeitslose – und wo sollen die hin? Werden die durch die Änderung des Kündigungsschutzes irgendwo hineingebracht? Es muß doch Arbeitsplätze für sie geben, damit ich mit irgendeiner Flexibilisierung irgendetwas erreiche?

Horst Feldmann:

- 53** Ganz genau. Die Statistik zeigt, daß wir Länder haben mit einer wesentlich geringeren Arbeitslosigkeit unter Geringqualifizierten, vor allem auch Ländern, wo der Abstand zwischen Gesamtarbeitslosenquote und der Arbeitslosenquote Geringqualifizierter wesentlich geringer ist. Jetzt muß ich doch mal wieder auf die USA zu sprechen kommen. Ich hab insgesamt zwei Jahre in den USA gelebt und ich kann Ihnen das einfach nur mal so aus der Erfahrung schildern. Wenn man da im Supermarkt einkauft beispielsweise, gibt es da Schüler oder Studenten, die stehen an der Kasse und die packen einem alles in Tüten ein, und man muß nur seine Kreditkarte oder seine Debit-Karte der Kassiererin hinhalten und kann dann, nachdem abgebucht worden ist, sofort mit den Tüten zum Auto gehen. In Deutschland ist die Situation anders, wie wir alle wissen. Da sind Sie richtig gehetzt, ihre Sachen schnell einzupacken und nebenher zu bezahlen. Also sei an diesem Beispiel illustriert, daß es schon Potential für Niedriglohnbeschäftigung in Deutschland, wie in allen anderen Industrieländern auch, gibt. Die Frage ist, was mit Geringqualifizierten passieren soll. Sollen wir sie zu Hause arbeitslos vorm Fernseher hocken lassen, wie das in Deutschland der Fall ist? Oder sie in irgendwelche Beschäftigungsprogramme stecken, die Ihre Beschäftigungschancen im Zweifelsfall eher verschlechtern als verbessern, wie die Empirie zeigt? Oder sollen wir ihnen eben Möglichkeiten geben, auch ein reguläres Arbeitsverhältnis zu finden, wie das in anderen Ländern möglich ist? Und der Vergleich mit den USA zeigt auch, daß Vollbeschäftigung nicht etwas ist, was es nur in vergangenen Kulturen gegeben hat, sondern es gibt sie ja auch in anderen vergleichbaren Industrieländern, wie beispielsweise in den USA oder der Schweiz. Und es gab sie bis Ende der sechziger Jahre auch in Deutschland. Und ob Deutschland bis Ende der sechziger Jahre nun etwas ist, was eine versunkene Kultur darstellt, oder ob das etwas ist, dem wir uns vielleicht wieder nähern sollten, das stelle ich Ihnen anheim.

Ich möchte als letzte Bemerkung noch einmal an das Stichwort anknüpfen, das Herr *Rieble* in den Raum gestellt hat, nämlich das Insider-Outsider-Problem. Wir haben in der Tat hier ein Insider-Outsider-Problem: Viele arbeitsrechtliche Regulierungen

nützen denjenigen, die ein Dauerarbeitsverhältnis haben, was insbesondere für den Kündigungsschutz gilt, und schaden denjenigen, die kein reguläres Arbeitsverhältnis haben, aber eines suchen. Das gilt ja z.B. für Jugendliche, wie ich gezeigt habe. Und hier stellt sich für mich nicht nur die ökonomische oder rechtliche Frage, wie das zu regeln ist, sondern vor allen Dingen stellt sich hier für mich eine moralische Frage. Wie können wir das überhaupt moralisch rechtfertigen, einen Großteil unserer Erwerbsbevölkerung durch solche Regulierungen von der Chance abzuschneiden, ihr Leben selbstbestimmend durch eine eigenständige Erwerbstätigkeit zu gestalten? Wie ist das moralisch zu rechtfertigen? Das frage ich Sie auch einmal als Arbeitsrechtler.

Volker Rieble:

Der Arbeitsrechtler versteht nichts von Moral. Vielleicht müssen wir uns noch einmal klar machen, wie die Gebiete miteinander zusammenhängen. Letztlich sind es die Politiker und auch die Juristen, welche die Wertungsfragenentscheidung treffen müssen. Um noch einmal das Beispiel von Herrn *Bepler* aufzunehmen: Natürlich kann man das sowohl ökonomisch als auch juristisch oder gesellschaftlich gut finden, wenn eine bestimmte Arbeit im Zuge eines Produktivitätsfortschrittes von weniger Arbeitnehmern verrichtet werden muß. Insbesondere dann, wenn es sich zum Beispiel um eine gesundheitlich sehr belastende Arbeit handelt, kann man es sogar sehr gut finden, daß es beispielsweise eine Maschine gibt, welche die Gefahren und die Gesundheitsschäden auf sich nimmt und der Arbeitnehmer ihnen nicht mehr ausgesetzt ist. Und natürlich kann man gesamtwirtschaftlich sagen, daß es doch gut ist, wenn drei Leute genau soviel produzieren wie früher zehn. Die Produktivitätspeitsche, wie ich immer sage, trifft aber zum einen den Rücken des Arbeiters. Zum anderen ist das Problem zu sehen, daß der Tarifvertrag neben der Erzeugung von Produktivitätsfortschritten als Nebenwirkung das allgemeine Lohnniveau steigen läßt, mit der Folge, daß ein großer Teil des Produktivitätsfortschritts einfach dadurch erzielt wird, daß arbeitsintensive Tätigkeit von Geringqualifizierten ins Ausland verlagert wird. Das ist rechnerisch ein massiver Produktivitätsfortschritt, weil sie weniger Arbeitnehmer für mehr Wertschöpfung brauchen. Trotzdem hat in diesem Punkt keine ökonomische Steigerung stattgefunden, also keine echte Steigerung der materiellen Produktivität des einzelnen Arbeitnehmers, sondern man hat einfach nur die unproduktiven Arbeitsplätze ins Ausland verlagert und sozusagen die hochproduktiven hier gelassen. Da kann man jetzt wieder fragen, ob es nicht vielleicht sinnvoll ist, unter den gewonnenen Erkenntnissen auch darauf zu achten, daß sozusagen in Anführungszeichen die „Doofen“ in Deutschland noch irgendeine Beschäftigungsmöglichkeit finden. Aber das ist eine Wertungsfrage und deswegen werden wir sie hier nicht beantworten. Es gibt einen amerikanischen Ökonomen, der sagt, es sei sogar höchst sinnvoll, das unterste Drittel der Gesellschaft von der Arbeit fern zu halten und mit Transfereinkommen und Drogen still zu stellen, denn die stören den Produktivitätsprozeß mit ihrer Blödheit. Es gibt Ökonomen, die das sogar so sehen. Herr *Bepler* und ich würden das vielleicht beide als zynisch verwerfen wollen. 54

Indra Haderl, IBM Deutschland:

- 55** Ich hätte eigentlich nur noch eine ergänzende Frage zu den Kriterien für den Kündigungsschutz. Um zu bestimmen, ob jetzt ein hohes oder ein niedriges Maß an Flexibilität vorliegt, sind da auch Abfindungszahlungen mit einberechnet worden? Also, sind auch die Höhe von Abfindungen und die Klagefreudigkeit – sage ich jetzt mal – mit drin?

Horst Feldmann:

- 56** Im objektiven Indikator ist das alles berücksichtigt. Und dann gibt es eben noch diesen subjektiven Indikator, wo die Manager z.B. einfach gefragt werden: Wie strikt sind bei Ihnen die Einstellungs- und Kündigungsvorschriften? Aber der objektive Indikator bezieht auch Abfindungszahlungen und gesetzliche Abfindungen und so weiter mit ein.

Werner Simon, PfalzMetall:

- 57** Ich kann mir doch nicht verkneifen, das noch loszuwerden: Was Sie da machen, ist dasselbe wie Hartz I bis IV. Das ist ja ganz toll, wenn Sie die Arbeitsverwaltung optimieren, das ist ja auch schon was. Das will ich gar nicht bestreiten. Aber Sie müssen dann die Arbeitsplätze haben, wo die Leute hinkönnen. Und das vermisste ich in Ihrem Modell. Sie haben das ja auch schon angesprochen. Das ist alles ganz schön. Das muß ja nicht soweit gehen, wie in diesem amerikanischen Beispiel, aber es muß auch nicht soweit gehen wie bei Ihnen.

Erstens, meine ich, haben Sie sich dekouvriert, indem Sie doch zum Schluß nur noch Amerika als Beispiel nehmen wollten und nicht mehr die kleine Schweiz. Mit beiden Ländern kann man uns übrigens nicht vergleichen. Und ich möchte auch wirklich auf Dauer darauf verzichten, daß mir Siebzigjährige die Tür aufhalten, bloß weil die dann noch eine Beschäftigung haben, oder daß die mir meine Ware in die Tüte packen. Sie vermitteln nicht, wie mit der Deregulierung Arbeitsplätze entstehen. Und ich meine auch, das hat nichts miteinander zu tun.

Horst Feldmann:

- 58** Ja, das war ja eigentlich mehr ein Statement als eine Frage. Dann antworte ich einfach mit dem Statement, daß ich noch einmal darauf hinweise, daß ich unter Berücksichtigung aller in der Literatur als relevant angesehenen Variablen gezeigt habe, daß flexiblere Arbeitsmarktregulierung in den Industrieländern zu einer besseren Beschäftigungssituation führt. Nicht mehr und nicht weniger. Das ist einfach so. Das ist eine positive Aussage, wie das erkenntnistheoretisch heißt, keine normative. Ich habe keine Werte damit verbunden, ich habe Ihnen hier einfach die Zahlen vorgelegt.

Volker Rieble:

Vielleicht darf ich auch noch eine kleine Bemerkung mache. Der Einwand, der, wie ich jetzt glaube, hier sozusagen entgegenströmt, liegt darin, daß man sagt, jetzt sind die Arbeitsplätze mal weg – wie kommen die denn wieder, wenn wir jetzt deregulieren? Also, was Sie machen ist ja letztlich sozusagen eine Querschnittsbetrachtung, daß Sie sagen: „Na ja, in den anderen Ländern, haben sie ein bißchen weniger Arbeitsrecht und dafür haben sie mehr Beschäftigung“. Aber gibt es denn Nachweise oder Beispiele dafür, daß Länder, die eine Deregulierung vornehmen, also die von einem hohen Regulierungsstand kommen und von diesem weggehen, dann auch Beschäftigung aufbauen? Gibt es dazu irgendwas? **59**

Horst Feldmann:

Dafür gibt es Beispiele. Und einen Wirkungskanal haben Sie ja schon selbst genannt, Herr *Rieble*, nämlich die internationale Verlagerung von Arbeitsplätzen. Und Länderbeispiele, wo eine deutliche Deregulierung zu einer Verbesserung der Beschäftigungssituation geführt hat, gibt es in der Tat. Das prominenteste Beispiel ist vielleicht Großbritannien, wo unter *Magaret Thatcher* in den achtziger Jahren Arbeitsmarktreformen durchgeführt worden sind, die so erfolgreich waren, daß selbst die *Labour*-Partei unter *Tony Blair* sie nicht mehr zurückdrehen will. Es gibt auch noch andere Beispiele wie Neuseeland, auch mit ähnlichen Erfolgen. Auch Australien und Kanada haben in den letzten Jahren ihre Arbeitsmärkte dereguliert und mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung auch entsprechende Beschäftigungserfolge erzielt. Die Wirkungskanäle sind nicht nur Auslandsinvestitionen, also die Tatsache, daß Unternehmen dann in solchen Ländern eher investieren. In Großbritannien beispielsweise haben japanische Unternehmen in den achtziger und neunziger Jahren im großen Stil investiert. Daneben ist der zweite Wirkungskanal natürlich die Entstehung, die Gründung von neuen Unternehmen bzw. die Belegschaftsaufstockung in existierenden Unternehmen. Ganz einfach, weil viele Arbeitsplätze, die unter den derzeitigen arbeitsrechtlichen Bedingungen unrentabel sind, sich unter den neuen Bedingungen dann rechnen. Beispielsweise Arbeitsplätze für Geringqualifizierte. **60**

§ 3 Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems

Rn.

A. Referat Sudabeh Kamanabrou	1
I. Kündigungsschutz heute	2
1. Ziele	2
2. Zielerreichung und Nachteile	3
3. Zwischenergebnis	8
II. Reformziele	9
1. Teilweise Abkehr vom echten Bestandsschutz	9
2. Kündigungshemmnis	11
3. Reichweite der Abfindungslösung	14
4. Zweck der Abfindung	15
5. Notwendige Differenzierungen	17
III. Modelle	18
IV. Kalkulierbarer Kündigungsschutz	23
1. Leitlinien	23
2. Gewichtung der Kriterien	34
V. Zusammenfassung	42
B. Diskussion	43

A. Referat Sudabeh Kamanabrou*

- 1 Die Reformüberlegungen des 2. Ludwigsburger Rechtsgesprächs verfolgen das Ziel, mehr Transparenz zu schaffen, ohne das Schutzniveau abzusenken. Um zu beurteilen, wie dieses Reformziel auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes verwirklicht werden kann, ist zunächst eine Bestandsaufnahme erforderlich, die sich mit dem derzeitigen Kündigungsschutz auseinandersetzt. Im folgenden soll deshalb zunächst der Frage nachgegangen werden, welche Ziele der Kündigungsschutz in der heutigen Ausgestaltung verfolgt, ob diese Ziele erreicht werden und welche Nachteile mit dem Kündigungsschutz in seiner derzeitigen Gestalt verbunden sind (dazu I.). Diese Bestandsaufnahme bereitet den Boden für die Formulierung von Reformzielen (dazu II.). Nachfolgend werden dann jüngere Reformmodelle vorgestellt (dazu III.) und Leitlinien für ein Abfindungssystem entwickelt (dazu IV.).

I. Kündigungsschutz heute

1. Ziele

- 2 Der Kündigungsschutz in seiner derzeitigen Gestalt zielt auf echten Bestandsschutz. Nach der Intention des KSchG sollen Arbeitnehmer nur dann auf Grund einer Arbeitgeberkündigung aus dem Betrieb ausscheiden, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Eine Kündigung, die den Maßstäben des Gesetzes nicht gerecht wird, soll nach § 9 KSchG nur ausnahmsweise zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. An sich soll aber das Arbeitsverhältnis bei unwirksamer Kündigung bestehen bleiben, weshalb die heutige Ausgestaltung des Kündigungsschutzes als „echter“ Bestandsschutz zu charakterisieren ist. Neben dem echten Bestandsschutz für die Arbeitnehmer hat dieses Modell auch einen positiven Effekt für die Arbeitgeberseite: Bei sozial gerechtfertigter Kündigung soll das Arbeitsverhältnis ohne weitere Verpflichtungen für den Arbeitgeber enden. Dieser Effekt des KSchG ist nicht lediglich als Reflex des Bestandsschutzes anzusehen, sondern eigenständiges Ziel des Gesetzes. Bestandsschutz, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei Kündigungen sind also die Ziele des heutigen KSchG.

2. Zielerreichung und Nachteile

- 3 Die Rechtswirklichkeit sieht anders aus. Im Ergebnis führt unter den betriebsbedingten Kündigungen fast jede zu dem vom Arbeitgeber gewünschten Ergebnis – der Beendigung des Arbeitsverhältnisses¹. Fraglich ist nur, wieviel der Arbeitgeber zahlen muß, um dieses Ergebnis zu erreichen. Entgegen der Intention des Gesetzes führt in vielen Fällen auch die sozialwidrige betriebsbedingte Kündigung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses und entgegen der Intention des Gesetzes muß der

* Professor Dr. Sudabeh Kamanabrou, Universität Bielefeld.

1 Siehe hierzu *Hümmerich*, Die arbeitsgerichtliche Abfindung, NZA 1999, 342, der darauf verweist, daß im Jahr 1979 60% der Kündigungsstreitigkeiten verglichen wurden, wobei nur in 6% der Vergleiche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbart worden sei. Über die Ergebnisse der Urteile und sonstigen Arten der Erledigung des Verfahrens finden sich in dem Beitrag keine Aussagen.

Arbeitgeber häufig bei einer sozial gerechtfertigten betriebsbedingten Kündigung eine Abfindung an den betroffenen Arbeitnehmer zahlen, wenn er über die Wirksamkeit der Kündigung einigermaßen zügig Gewißheit haben will.

Werden damit die Ziele des KSchG verfehlt? Für das Ziel „Bestandsschutz“ ist diese Frage zu bejahen, wenn man auf den beabsichtigten echten Bestandsschutz abstellt. Echten Bestandsschutz bietet das KSchG in seiner praktischen Anwendung bei der betriebsbedingten Kündigung nur selten. Verfehlt wird auch das Ziel, dem Arbeitgeber sozial gerechtfertigte betriebsbedingte Kündigungen ohne Ablösesumme zu ermöglichen. Von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit kann bei der heutigen Praxis des Kündigungsschutzes keine Rede sein. **4**

Allerdings versagt das KSchG, was den Bestandsschutz angeht, nicht völlig. Denn immerhin vermag das Gesetz mittelbaren Bestandsschutz zu gewährleisten. Eine betriebsbedingte Kündigung, sei sie sozial gerechtfertigt oder nicht, kostet den Arbeitgeber in vielen Fällen Geld. Der Arbeitgeber muß häufig die bereits erwähnte Abfindung zahlen. Er muß mit Prozeßführungskosten rechnen, worunter nicht nur die Prozeßkosten im engeren Sinne zu verstehen sind, sondern auch die sonstigen Kosten der Prozeßführung wie Arbeitsaufwand und Reisekosten. Ist die Kündigung unwirksam, können weitere Kosten auf den Arbeitgeber zukommen. Wenn er den Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses nicht beschäftigt hat, schuldet der Arbeitgeber nach § 615 S. 1 BGB Annahmeverzugslohn. Bei einer Verfahrensdauer des erstinstanzlichen Verfahrens von vier bis sechs Monaten² – ohne Beweisaufnahme – ergibt sich daraus eine nicht unerhebliche finanzielle Belastung³. Der Annahmeverzug ist für den Arbeitgeber auch nicht ohne weiteres zu vermeiden. Eine verzugsvermeidende Annahme der Arbeitsleistung ist nach der Rechtsprechung des BAG nur gegeben, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung als Erfüllung aus dem Arbeitsverhältnis annimmt⁴. Es genügt nicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Aufrechterhaltung der Kündigung zur Arbeit auffordert. Wenn er nicht in Annahmeverzug geraten will, muß der Arbeitgeber von der **5**

2 Nach Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit betrug die Verfahrensdauer in 23% der Bestandsstreitigkeiten bis zu einem Monat, in 41% der Bestandsstreitigkeiten über einen bis drei Monate, in 19% der Bestandsstreitigkeiten über drei bis sechs Monate und in 17% der Bestandsstreitigkeiten über sechs Monate. Gesonderte Zahlen für Kündigungsschutzverfahren sind nicht ausgewiesen. Daten abrufbar unter: <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Arbeit/arbeitsrecht.html> (Ergebnisse der Statistik der Arbeitsgerichtsbarkeit 2004), zuletzt abgerufen am 11.10.2005.

3 Zu den mit einer Kündigung verbundenen Kosten *Jahn/Walwei*, Die Reform des Kündigungsschutzes: Fragliche beschäftigungspolitische Impulse, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 99 (2004), 27, 28; *Löwisch*, Die kündigungsrechtlichen Vorschläge der "Agenda 2010", NZA 2003, 689, 690; *Willemsen*, Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität, NJW 2000, 2779, 2782.

4 BAG vom 7.11.2002 – 2 AZR 650/00, AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA § 615 BGB 2002 Nr. 2; BAG vom 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, AP Nr. 39 zu § 615 BGB = NJW 1986, 2846. Zustimmend *A/P/S/Biebl*, 2. Aufl. (2004), § 11 KSchG Rn. 15; *ErfK/Preis*, 5. Aufl. (2005), § 615 BGB Rn. 67; *Ricken*, Annahmeverzug und Prozeßbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits, NZA 2005, 323, 325; a.A. *MüKo/Henssler*, 4. Aufl. (2005), § 615 BGB Rn. 41; *Löwisch*, Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits, DB 1986, 2433; *Opolony*, Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Minimierung des Verzugslohnrisikos gemäß § 615 BGB, DB 1998, 1714, 1716.

Kündigung Abstand nehmen und den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses auffordern⁵. Dennoch mag es aus der Perspektive des Arbeitgebers sinnvoll sein, die Kündigung aufrechtzuerhalten und dem Arbeitnehmer trotzdem die Weiterbeschäftigung während des Prozesses anzubieten. Denn wenn der Arbeitnehmer dieses Angebot ausschlägt, muß er sich u.U. das Arbeitsentgelt, das er bei dieser Tätigkeit hätte verdienen können, auf den Annahmeverzugslohn anrechnen lassen. Auch die Prozeßbeschäftigung unter Aufrechterhaltung der Kündigung vermag aber den Arbeitgeber nicht mit hinreichender Sicherheit finanziell zu entlasten. Zum einen ist die Prozeßbeschäftigung dem Arbeitnehmer nicht immer zumutbar. Bei verhaltensbedingten Kündigungen und allen Arten der außerordentlichen Kündigung wird die Zumutbarkeit – zumindest grundsätzlich – verneint⁶. Zum anderen ist die Prozeßbeschäftigung mit befristungsrechtlichen Risiken verbunden. Das BAG hat in einem Urteil aus dem Jahr 2003 klargestellt, daß die freiwillige Beschäftigung des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzrechtsstreits auf vertraglicher Grundlage beruhe. Auf eine solche befristete oder bedingte Prozeßbeschäftigung auf vertraglicher Basis sei das TzBfG anwendbar⁷. Der Arbeitgeber läuft also Gefahr, auf Grund eines Formfehlers oder eines sonstigen Fehlers bei der Befristung mit dem gerade gekündigten Arbeitnehmer ein neues, unbefristetes Arbeitsverhältnis zu begründen.

- 6 All diese Faktoren wird der Arbeitgeber berücksichtigen, wenn er über eine betriebsbedingte Kündigung nachdenkt, und er wird sich gut überlegen, ob die Kündigung sich unter diesen Umständen für ihn lohnt. Letztlich ist es aber eine reine Rechenaufgabe: Wenn der Arbeitgeber verringerten Bedarf an Arbeitskräften hat, kommt es auf Dauer teurer, den Arbeitnehmer weiterzubezahlen. Der Arbeitgeber wird also die mit der Kündigung verbundenen Kosten in Kauf nehmen, um dauerhaft Kosten zu senken. Einen wegfallenden Arbeitsplatz vermag der Kündigungsschutz nicht zu retten.
- 7 Angesichts dieser versteckten Kosten einer Kündigung verwundert es nicht, daß der Kündigungsschutz auf Arbeitgeberseite als Einstellungshemmnis angesehen wird⁸. Der Arbeitgeber wird nicht nur erwägen, ob er einem Arbeitnehmer wirklich kündigen muß. Er wird sich bereits im Zeitpunkt der Einstellungsentscheidung die Frage stellen, ob eine unbefristete Einstellung angesichts der im Kündigungsfall drohenden Kosten wirtschaftlich sinnvoll ist. *Rebhahn* hat diesen Effekt einmal sehr

5 BAG vom 7.11.2002 – 2 AZR 650/00, AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA § 615 BGB 2002 Nr. 2; BAG vom 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, AP Nr. 39 zu § 615 BGB = NJW 1986, 2846; A/P/S/Biebl, 2. Aufl. (2004), § 11 KSchG Rn. 15; *Ricken* (Fn. 4), Kündigungsrechtstreit, NZA 2005, 323, 325.

6 *Bayreuther*, Böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs im gekündigten Arbeitsverhältnis, NZA 2003, 1365, 1369; *MüKo/Henssler* (Fn. 4), § 615 BGB Rn. 77; *Ricken*, (Fn. 4), Kündigungsrechtstreit, NZA 2005, 323, 326.

7 BAG vom 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG mit kritischer Anm. von *Löwisch*. Ausführlich zur Ausgestaltung der Prozeßbeschäftigung *Ricken*, (Fn. 4), Kündigungsrechtstreit, NZA 2005, 323, 327 ff.

8 Siehe hierzu die Untersuchung von *Pfarr/Bothfeld/Bradtko/Kimmich/Schneider/Ullmann*, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/wsi_regam_atypisch.pdf, zuletzt abgerufen am 17.02.2006, nach der Arbeitgeber auf befristete Arbeitsverträge, Leiharbeit und Werkverträge u.a. auch zurückgreifen, um Probleme mit dem Kündigungsschutz zu vermeiden.

pointiert umschrieben mit den Worten, es könne sein, daß das *ultima-ratio*-Prinzip bei der Kündigung dazu führe, daß für die Arbeitgeber das Einstellen von Arbeitnehmern zur *ultima ratio* werde⁹.

3. Zwischenergebnis

Die Bestandsaufnahme ergibt also folgendes: Das Ziel des KSchG, echten Bestandsschutz zu gewähren, wird für den Fall der betriebsbedingten Kündigung nicht erreicht. Auch das Ziel, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei Kündigungen zu schaffen, wird verfehlt. Die mit dem Kündigungsschutz verbundenen Kosten sind hoch, oft nicht kalkulierbar und stehen in keinem Verhältnis zu dem bewirkten mittelbaren Bestandsschutz.

II. Reformziele

1. Teilweise Abkehr vom echten Bestandsschutz

Wenig sinnvoll ist es, weiter uneingeschränkt am Ziel des echten Bestandsschutzes festzuhalten. Echter Bestandsschutz wird zumindest bei der betriebsbedingten Kündigung von keiner der Arbeitsvertragsparteien angestrebt. Die Arbeitgeberseite verfolgt dieses Ziel selbstverständlich nicht. Aber auch auf Arbeitnehmerseite geht das Interesse, wie das Verhalten nach einer Kündigung und im Kündigungsschutzprozeß zeigt, bei der betriebsbedingten Kündigung nicht in Richtung Bestandsschutz. Vielmehr richtet sich das Interesse des betroffenen Arbeitnehmers auf eine möglichst hohe Abfindung¹⁰. Bestandsschutz, der an den Interessen der Hauptbeteiligten vorbei gewährt wird, ist nicht sinnvoll.

Bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen läßt sich dagegen ein abfindungsorientiertes Denken der Arbeitnehmer nicht ohne weiteres feststellen. In diesem Bereich kann nicht mit dem mangelnden Interesse der Arbeitsvertragsparteien am echten Bestandsschutz argumentiert werden, da auf Arbeitnehmerseite Bestandsschutzinteressen verfolgt werden¹¹.

9 *Rebhahn*, Abfindung statt Kündigungsschutz? – Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, 272, 273.

10 *Bauer*, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529; *Preis*, Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, 65, 66. Mangels entsprechender Studien läßt sich diese Aussage empirisch nicht fundiert belegen. Auch die Untersuchung von *Bieleinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, AuR 2003, 81 gibt auf die Frage, ob die Arbeitnehmer mit einer Kündigungsschutzklage bei einer betriebsbedingten Kündigung wirklich Bestandsschutzinteressen verfolgen, keine Auskunft, da sie einen anderen Untersuchungsgegenstand hat. Die Aussage, Arbeitnehmer seien im Fall einer betriebsbedingten Kündigung nicht wirklich am Bestandsschutz interessiert, beruht auf Erfahrungswerten aus der Praxis. Bis zur Vorlage einer entsprechenden Studie über die Interessen betriebsbedingt gekündigter Arbeitnehmer sind solche Erfahrungswerte die einzige Informationsquelle, auf die sich Überlegungen zum Kündigungsschutz stützen lassen.

11 Vgl. *Preis* (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 69 f.

2. Kündigungshemmnis

- 11** Ferner muß man sich vor Augen führen, daß der ausgefeilteste Kündigungsschutz keinen wegfallenden Arbeitsplatz erhält. Das kann auch nicht Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes sein. Der Arbeitgeber gibt bei der Einstellung kein Versprechen ab, den Arbeitnehmer bis zu seiner Pensionierung beschäftigen zu können. Zwar trägt der Arbeitgeber das unternehmerische Risiko und damit auch das Beschäftigungsrisiko, aber er hat nicht für den Bestand des Arbeitsplatzes einzustehen. Kündigungsschutz muß so ausgestaltet sein, daß der Arbeitgeber tatsächlich in der Lage ist, aus betrieblichen Gründen seinen Betrieb zu verkleinern. Es ist wenig sinnvoll, wenn eine Betriebsstillegung einfacher durchzuführen ist als die Reduktion der Belegschaft.
- 12** Kündigungsschutz kann also letztlich betriebsbedingte Kündigungen nicht verhindern. Er kann allerdings dazu beitragen, die Kündigungsbereitschaft zu verringern und betriebsbedingte Kündigungen möglichst zu vermeiden. Ziel eines guten KSchG kann es nicht sein, als notwendig erkannte Kündigungen aus sachfremden Erwägungen in die Länge zu ziehen. Kernaufgabe eines KSchG ist es vielmehr, den schonenden Umgang mit der Existenzgrundlage des Arbeitnehmers zu gewährleisten, der nicht ohne Not seinen Arbeitsplatz verlieren soll.
- 13** Ein Kündigungsschutz, der den Arbeitnehmern mittelbaren Bestandsschutz gewährt und die Arbeitgeber in ihrer Unternehmensführung nicht über Gebühr beschränkt, muß teuer sein, aber auch kalkulierbar. Teuer, weil letztlich allein der Kostenfaktor den Arbeitgeber dazu bewegen wird, mit der Existenzgrundlage des Arbeitnehmers schonend umzugehen und betriebsbedingte Kündigungen nur als *ultima ratio* auszusprechen. Kalkulierbar, weil nur dann Arbeitgeber bereit sind, Arbeitsplätze zu schaffen. Diese Anforderungen kann eine Abfindungslösung bei betriebsbedingten Kündigungen erfüllen. Eine solche Abfindungslösung hat gegenüber dem echten Bestandsschutz den Vorteil, daß allenfalls noch über die Höhe der Abfindung gestritten wird, die übrigen „Kündigungsnebenkosten“ aber entfallen. Die Kündigung wird damit kalkulierbar. Für die Arbeitgeber, die bisher tatsächlich dem Risiko ausgesetzt waren, Annahmeverzugslohn zahlen zu müssen, wird sie im Vergleich zur derzeitigen Regelung möglicherweise auch günstiger¹². Auf der anderen Seite gewährt eine Abfindungslösung durch die Abfindungskosten mittelbaren Bestandsschutz. Der Arbeitgeber wird die Kosten der Abfindung nur dann auf sich nehmen, wenn er eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers wirtschaftlich für ungünstiger hält.

3. Reichweite der Abfindungslösung

- 14** Allerdings müssen personen- und verhaltensbedingte Kündigungen aus dem Abfindungssystem ausgenommen werden¹³. Läßt man Kündigungen gegen Abfindung

12 Teurer könnten Kündigungen dagegen für diejenigen Arbeitgeber werden, die bisher weitgehend vom Kündigungsschutz unbehelligt blieben, weil in ihrer Branche Kündigungsschutzklagen selten sind.

13 Mit anderer Begründung im Ergebnis ebenso Preis (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 69 f., 72. Für echten Bestandsschutz bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen auch

beliebig zu, wird damit der Bestandsschutz bei personen- und verhaltensbedingt motivierten Kündigungen hinfällig. Das wäre nicht gerechtfertigt. Personen- und verhaltensbedingte Kündigungen beruhen auf Störungen aus der Sphäre des Arbeitnehmers, sie sind auf eine konkrete Person bezogen. Der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers bleibt erhalten, es soll lediglich der gekündigte Arbeitnehmer für eine weitere Beschäftigung nicht in Betracht kommen. Betriebsbedingte Kündigungen entspringen dagegen der Sphäre des Arbeitgebers und sind hinsichtlich der zu kündigenden Person neutral. Anders als bei der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung entfällt ein Arbeitsplatz, so daß der Arbeitgeber einen geringeren Bedarf an Arbeitskräften hat. Dieser Unterschied rechtfertigt einen differenzierten Bestandsschutz, der bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen als echter Bestandsschutz darauf zielt, den Arbeitnehmer vor einem ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes zu bewahren.

4. Zweck der Abfindung

Schließlich ist zu entscheiden, was die Abfindung leisten soll¹⁴. Zum einen soll die Abfindung dem Arbeitgeber die Entscheidung für die Kündigung erschweren¹⁵. Insoweit hat die Abfindung präventiven Charakter und gewährt mittelbaren Bestandsschutz. Darüber hinaus könnte die Abfindung zur finanziellen Absicherung des Arbeitnehmers dienen, der im Anschluß an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht unbedingt direkt eine neue Arbeit findet. Ob und wieweit die Abfindung den Arbeitnehmer nach einer Kündigung finanziell absichern soll, hängt von der Verzahnung des Kündigungsschutzes mit dem Arbeitslosengeld zusammen. Eine Abfindungslösung, die die Arbeitslosenversicherung weitgehend ersetzt, ist anders auszugestalten als eine Abfindung, die neben das Arbeitslosengeld tritt. Jedenfalls ist es nicht nur zum Wohl des Arbeitnehmers, sondern auch unter Steuerungsgesichtspunkten sinnvoll, einen Teil der finanziellen Absicherung des Arbeitnehmers nach einer Kündigung über die Abfindung zu gewähren. Damit wird dem Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung erschwert und der Bestandsschutz verstärkt. **15**

Ferner kann ein Teil der Abfindung als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes verstanden werden. Zwar vermag der Entschädigungsgedanke allein nicht zu tragen, da dem Arbeitnehmer kein Arbeitsplatz auf Lebenszeit versprochen wurde und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit einer betriebsbedingten Kündigung kein **16**

Hromadka, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, AuA 2002, 261, 264. Eine Abfindungslösung auch für die Fälle der personen- und verhaltensbedingten Kündigung schlagen *Bauer* (Fn. 10), Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529, 533 und *Buchner*, Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, 533, 535 vor. Eine Abfindungslösung bei betriebs- und personenbedingten Kündigungen favorisiert *Willemsen* (Fn. 3), Kündigungsschutz, NJW 2000, 2779, 2784.

14 Zu den verschiedenen Funktionen der Abfindung in verschiedenen Ländern der EU *Rebhahn* (Fn. 9), Abfindung, RdA 2002, 272, 282.

15 Diesen Effekt befürwortend *Rebhahn* (Fn. 9), Abfindung, RdA 2002, 272, 282 (Fn. 97). Mit der Erschwerung der Entscheidung für eine Kündigung ist nicht gemeint, daß dem Arbeitgeber die Kündigung gegenüber der heutigen Situation erschwert werden soll. Die Erschwerung bezieht sich vielmehr auf den (fiktiven) Zustand der freien Arbeitgeberkündigung.

Unrecht tut. Verbindet man den Gedanken der Entschädigung aber mit dem Aspekt der Belohnung von Betriebstreue, so läßt sich eine nach Dienstjahren gestaffelte Abfindung erklären. Allein um die Belohnung von Betriebstreue kann es bei einer mit dem Dienstalter steigenden Abfindung nicht gehen, da sonst auch der Arbeitnehmer, der in Rente geht, eine entsprechende Zahlung vom Arbeitgeber erhalten müßte. Hinter der Staffelung nach Dienstjahren steht vielmehr der Gedanke, daß der Entzug des Arbeitsplatzes vor Erreichen des Rentenalters um so schwerer wiegt, je länger der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber beschäftigt war. Diesen Aspekt berücksichtigt auch das BVerfG bei seinen Ausführungen zum Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, denn nach der Rechtsprechung des BVerfG ist bei Kündigungen, die nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fallen, das durch langjährige Mitarbeit erdiente Vertrauen des Arbeitnehmers in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu schützen¹⁶.

5. Notwendige Differenzierungen

- 17** Die vorstehenden Überlegungen zum Zweck der Abfindung führen zu der Frage, welche Kriterien bei der Bemessung der Abfindung eine Rolle spielen. Das BVerfG macht hierzu weitere Vorgaben. Bei Kündigungen, die nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fallen, hält das BVerfG ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme für erforderlich, wenn eine Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern zu treffen ist¹⁷. Diese Aspekte sind erst Recht zu berücksichtigen, wenn das KSchG in Richtung eines Abfindungsschutzes umgestaltet wird¹⁸. Sowohl die Berücksichtigung des Dienstalters des Arbeitnehmers als auch das Erfordernis der sozialen Rücksichtnahme lassen sich auf die Schutzpflichten zurückführen, die den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Kündigungsschutzes treffen. Die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte gebietet dem Staat, den Bürger vor Eingriffen in seine Grundrechte zu schützen¹⁹ – unter Umständen auch durch gesetzgeberische Maßnahmen. Zwar hat der Gesetzgeber hier einen weiten Spielraum²⁰, so daß sich nicht der eine, allein zulässige Kündigungsschutz direkt aus der Verfassung ableiten läßt. Insbesondere ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, echten Bestandsschutz zu gewähren. Bei der Ausgestaltung des Kündigungsschutzes ist aber der Gedanke des Interessenausgleichs zu berücksichtigen²¹. Ein Kündigungsschutz, der das Dienstalter oder soziale Aspekte unberücksichtigt läßt, stellt einen solchen angemessenen

16 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475.

17 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475.

18 *Kamanabrou*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Abfindungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen, RdA 2004, 333, 337.

19 Dreier (Hg.)/Dreier, GG, Bd. I, 1996, Vorb. Rn. 62; KR/Etzel, 7. Aufl. (2004), § 1 KSchG, Rn. 18; v. Münch/Kunig/Münch, GG, Bd. I, 5. Aufl. (2000), Vorb. Art. 1-19 Rn. 22; Oetker, Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, 9, 14; Papier, Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 2000, 1, 4; Sachs/Sachs, GG, 3. Aufl. (2003), Vor Art. 1 Rn. 35; Stein, AR-Blattei SD 830 Rn. 57 ff., 525; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996. Konkret auf Art. 12 GG bezogen *Badura*, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht, RdA 1999, 8, 10.

20 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475; Isensee/Kirchhof (Hg.)/Isensee, HdbStR, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 162; Sachs/Sachs, GG, 3. Aufl. (2003), Vor Art. 1 Rn. 36.

21 *Kamanabrou* (Fn. 18), Abfindungsschutz, RdA 2004, 333, 334.

Ausgleich nicht dar. Auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten werden bei der Bemessung der Abfindung zu berücksichtigen sein, damit die Regelung ausgewogen ist²².

III. Modelle

In den Jahren 2000 bis 2002 sind in der Literatur mehrere Reformvorschläge gemacht worden, die den Kündigungsschutz mehr oder weniger stark zu einem Abfindungsschutz umgestalten wollen²³. Die soweit ersichtlich jüngsten Vorschläge stammen von der BDA und der IHK-Hamburg. **18**

Die BDA verlangt mit ihrer Initiative „BDA-pro-job.de“ für sämtliche Kündigungen die Möglichkeit, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung beantragen zu können²⁴. Die Sozialauswahl soll allein durch die Kriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten bestimmt sein²⁵. In personeller Hinsicht soll der Kündigungsschutz erst ab dreijähriger Betriebszugehörigkeit greifen. In sachlicher Hinsicht sollen nur Betriebe mit mehr als 20 Beschäftigten erfaßt werden. Ferner will die BDA die Möglichkeit eröffnen, die Anhörung des Betriebsrats im Prozeß nachzuholen und Änderungskündigungen in größerem Umfang ermöglichen als sie die bisherige Rechtsprechung zuläßt²⁶. Dieser Vorschlag hält sich im wesentlichen in den bekannten Bahnen. Der echte Bestandsschutz wird nicht abgeschafft, sondern lediglich zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien gestellt. Da allerdings der Auflösungsantrag einer Partei reicht, um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung auszulösen, wird der echte Bestandsschutz sehr stark relativiert. Darüber hinaus wird der Kündigungsschutz in personeller und sachlicher Hinsicht gelockert. **19**

Gegen diesen Reformvorschlag sind folgende Einwände zu erheben: Zunächst ist es, wie bereits dargelegt, sinnvoll, den echten Bestandsschutz bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen zu erhalten. Außerdem wird durch die von der BDA vorgesehene Gestaltung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches des KSchG die Gruppe der Arbeitnehmer, die Kündigungsschutz genießen, zu stark eingeschränkt. Abgesehen davon, daß diese Einschränkung mit dem hier verfolgten Ziel, das Schutzniveau nicht oder zumindest nicht erheblich abzusenken, nicht vereinbar ist, birgt ein enger Anwendungsbereich des KSchG auch Gefahren für die Arbeitgeberseite: Bereits jetzt ist der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG recht ausgeprägt. Das wird nicht abnehmen, wenn weniger Arbeitnehmer unter das Gesetz fallen und damit mehr Arbeitnehmer auf den Kündigungsschutz außerhalb des **20**

22 Zu den zu berücksichtigenden Aspekten *Kamanabrou* (Fn. 18), Abfindungsschutz, RdA 2004, 333, 337 f.

23 *Bauer* (Fn. 10), Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529, 532 f.; *Buchner* (Fn. 13), Deregulierung des Kündigungsrechts, NZA 2002, 533, 535 f.; *Hromadka*, Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?, ZfA 2002, 383, 397 f.; *Preis* (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 76 ff.; *Willemsen* (Fn. 3), Kündigungsschutz, NJW 2000, 2779, 2783 ff.

24 BDA in „BDA-pro-job.de“, S. 8 f., abrufbar unter <http://www.bda-pro-job.de>, zuletzt abgerufen am 17.02.2006.

25 BDA (Fn. 24), „BDA-pro-job.de“, S. 9.

26 BDA (Fn. 24), „BDA-pro-job.de“, S. 9.

KSchG angewiesen sind. Schließlich ist die gleitende Berücksichtigung des Lebensalters bei der Kündigung mit den Vorgaben der in Deutschland noch umzusetzenden Richtlinie 2000/78/EG nicht vereinbar.

- 21** Einen ganz anderen Ansatz verfolgt ein Modell der IHK Hamburg, der sogenannte Dreisprung²⁷. Der Dreisprung setzt sich aus folgenden Komponenten zusammen: Erstens zahlt der Arbeitgeber, der einem Arbeitnehmer ordentlich kündigt, das Entgelt über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus fort. Die Dauer der Entgeltfortzahlung soll nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt werden und höchstens ein Jahr betragen. Zweitens wird das Kündigungsschutzrecht grundlegend vereinfacht – und zwar so sehr, daß der Kündigungsschutz praktisch entfällt. Der Arbeitgeber soll ohne Begründung und ohne Sozialauswahl kündigen können. Er hat nur noch die Kündigungsfristen zu beachten. Drittens soll die Arbeitslosenversicherung entfallen. Die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung sollen auf 1,5% abgesenkt werden. Dieser Restbeitrag soll als Arbeitsmarktbeitrag die Vermittlungstätigkeit der Arbeitsämter sowie Qualifizierungsmaßnahmen finanzieren.
- 22** Gegen den Dreisprung bestehen ebenfalls Bedenken: Auch dieses Modell bezieht alle Arten der Kündigung in die Abfindungslösung ein. Letztlich kann der Arbeitgeber sogar ohne Grund kündigen. Darin liegt kein angemessener Ausgleich der Interessen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite, wie ihn der Gesetzgeber auf Grund der grundrechtlichen Schutzpflichten zu leisten hat. Wenn der Arbeitgeber mit der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers nicht mehr einverstanden ist, verdient der Arbeitnehmer anderen Schutz als bei einer Kündigung auf Grund einer Rationalisierungsmaßnahme. Die Finanzierung der Abfindung über die Arbeitgeberbeiträge zur Arbeitslosenversicherung wirft außerdem ein Problem auf: Wenn befristet beschäftigte Arbeitnehmer nach Fristablauf weiterhin Arbeitslosengeld erhalten sollen, reicht der von der IHK Hamburg vorgesehene Restbeitrag von 1,5% nicht aus, der ja die Vermittlungstätigkeit der Arbeitsämter sowie Qualifizierungsmaßnahmen finanzieren soll. Befristet beschäftigt waren im Jahr 2002 inklusive der Auszubildenden immerhin 13% der abhängig Beschäftigten²⁸. Um diese Personengruppe nach einjähriger Beschäftigung nicht unversorgt zu lassen, müßte entweder der Beitrag zur Arbeitslosenversicherung weniger stark sinken oder eine Abfindungslösung geschaffen werden, die befristet Beschäftigte einschließt. Eine solche weite Abfindungsregelung wäre in Europa nicht ohne Vorbilder, wie *Rebhahn* in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung zum Kündigungsschutz aufgezeigt hat²⁹. In den Ausführungen der IHK Hamburg findet sich aber kein Anhaltspunkt für einen so ausgedehnten Abfindungsschutz. Bei der derzeitigen wirtschaftlichen Lage wäre er wohl auch kaum empfehlenswert, da damit befristete Einstellungen für die Arbeitgeberseite erheblich an Attraktivität verlören.

27 Standpunktepapier der IHK Hamburg „Mehr Markt für den Arbeitsmarkt“, S. 22 ff., abrufbar unter <http://www.hk24.de/HK24/HK24/produktmarken/standortpolitik/wirtschaftspolitik/standpunktepapiere/Arbeitsmarktpapier.pdf>, zuletzt abgerufen am 17.02.2006.

28 *Statistisches Bundesamt* (2003), Mikrozensus Ergebnisse 2002, Fachserie 1, eigene Berechnungen.

29 *Rebhahn* (Fn. 9), Abfindung, RdA 2002, 272, 281.

IV. Kalkulierbarer Kündigungsschutz

1. Leitlinien

Im folgenden werden Leitlinien eines Abfindungssystems entwickelt, das kalkulierbaren Kündigungsschutz gewährleisten soll. Dieses System hat folgende Grundpfeiler: **23**

1. Bei der personen- und verhaltensbedingten Kündigung bleibt es beim echten Bestandsschutz.
2. Bei der betriebsbedingten Kündigung wird der Bestandsschutz nur noch mittelbar in Form einer Abfindung gewährt.
3. Diese Abfindungslösung muß eine Willkürkontrolle zulassen, damit nicht personen- oder verhaltensbedingte Kündigungen unter dem Deckmantel der betriebsbedingten Kündigung ausgesprochen werden können³⁰.
4. Betriebsbedingte Kündigungen sind gegen Zahlung einer Abfindung auch dann möglich, wenn es für den Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gibt oder ein sozial stärkerer Arbeitnehmer ebenfalls für die Kündigung in Betracht gekommen wäre.
5. Der Schwellenwert für den Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen sinkt auf Null.
6. Bei der Bemessung der Abfindung spielen folgende Kriterien eine Rolle: Dienstalter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten und Betriebsgröße.
7. Die Wartezeit wird von sechs Monaten auf zwölf Monate erhöht.
8. Hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Abfindung aus einem Sozialplan, entfällt der Anspruch auf die Abfindung nach dem KSchG. Das gilt auch dann, wenn die Sozialplanabfindung niedriger ist als die Abfindung, die dem Arbeitnehmer nach dem KSchG zustünde.

Während die Punkte eins bis drei sich aus dem Vorstehenden ergeben, sind die Punkte vier bis acht näher zu erläutern. Zum Punkt vier: Eine Abfindungslösung, die betriebsbedingte Kündigungen unabhängig von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten oder sozialen Erwägungen gegen Abfindung zuläßt, vereinfacht betriebsbedingte Kündigungen erheblich. Betriebsbedingte Kündigungen sind danach stets zulässig und wirksam, kosten lediglich unterschiedlich viel. Die Problematik des Annahmeverzugslohns und der Prozeßbeschäftigung und die damit verbundenen Unsicherheiten entfallen. **24**

Zum Punkt fünf: Kleinunternehmen sind kündigungsschutzrechtlich zu entlasten. Diese Entlastung sollte im Rahmen der Abfindungslösung gewährleistet werden und nicht dadurch, daß Kleinunternehmen bei betriebsbedingten Kündigungen nicht in **25**

30 *Preis* (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 72. Siehe auch *Hromadka* (Fn. 23), Unternehmerische Freiheit, ZfA 2002, 383, 397 (§ 1 II 2 KSchG-E).

den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Dafür sprechen auch die Aspekte, die das BVerfG in seinem Beschluß zur Verfassungsmäßigkeit des § 23 I 2 KSchG für den Ausschluß von Kleinbetrieben aus dem allgemeinen Kündigungsschutz angeführt hat³¹. Nach Ansicht des BVerfG kommt es im Kleinbetrieb sowohl hinsichtlich der Leistungsfähigkeit als auch hinsichtlich solcher Persönlichkeitsmerkmale, die die Arbeit im Betrieb von Bedeutung sind, mehr als in größeren Unternehmen auf den einzelnen Arbeitnehmer an³². Kleine Teams seien für Mißstimmungen anfälliger. Da typischerweise der Unternehmer als Chef vor Ort mitarbeite, gewinne das Vertrauensverhältnis zum einzelnen Mitarbeiter eine besondere Bedeutung. Schließlich seien kleinere Betriebe in der Regel weniger finanzkräftig und häufig nicht in der Lage, Abfindungen zu zahlen oder nicht benötigtes oder sich nicht einfügendes Personal mitzutragen³³. Diese Argumentation paßt in weiten Teilen für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen, nicht aber für die betriebsbedingte Kündigung. Erwägungen zur individuellen Leistungsfähigkeit und der engen persönlichen Zusammenarbeit spielen in erster Linie bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen eine Rolle. Zwar mögen diese Aspekte bei betriebsbedingten Kündigungen zu berücksichtigen sein. Denn wenn in einem kleinen Unternehmen ein Arbeitsplatz wegfällt und einem Arbeitnehmer gekündigt werden muß, kann es aus den vom BVerfG genannten Gründen für den Arbeitgeber wichtiger sein, einen bestimmten Arbeitnehmer auszuwählen als in einem größeren Betrieb. Das rechtfertigt aber nicht die völlige Herausnahme von Kleinunternehmen aus dem Kündigungsschutz. Auch das Argument der geringeren Finanzkraft von Kleinbetrieben schlägt nicht durch. Zunächst ist zweifelhaft, ob Unternehmensgröße und Finanzkraft tatsächlich korrelieren. Und selbst wenn das der Fall ist, läßt sich dieser Aspekt bei der Bemessung von Abfindungen im Kleinunternehmen berücksichtigen.

- 26** Zu bedenken ist auch, daß eine Herausnahme von Kleinunternehmen aus dem Abfindungsmodell nicht bedeutet, daß in diesen Betrieben überhaupt kein Kündigungsschutz bei betriebsbedingten Kündigungen besteht. Wie bereits erwähnt, wird der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG mit einem höheren Schwellenwert für die Anwendbarkeit des Gesetzes eher an Bedeutung gewinnen. Außerdem stellt sich die Frage, wie ein solcher Kündigungsschutz außerhalb des KSchG bei betriebsbedingten Kündigungen aussähe, wenn das Gesetz in solchen Fällen statt echtem Bestandsschutz nur mittelbaren Bestandsschutz über eine Abfindung gewährt. Wenn der Kündigungsschutz nicht mehr auf echten Bestandsschutz gerichtet ist, verbietet sich echter Bestandsschutz außerhalb des KSchG. Eine Kündigung im Kleinunternehmen wäre sonst schwieriger als eine Kündigung in einem größeren Unternehmen – wo auch immer die Grenze zwischen kleineren und größeren Unternehmen zu ziehen ist. Damit bleibt nur eine Abfindungslösung für Kleinunternehmen möglich, um das von der Rechtsprechung verlangte Mindestmaß

31 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475.

32 Das BVerfG spricht in seinem Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475 sowohl von Kleinbetrieben als auch von Kleinunternehmen, verlangt aber mit Blick auf Art. 3 GG eine Differenzierung nach der **Unternehmensgröße**.

33 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475.

an Schutz zu gewährleisten. Im Kleinunternehmen gilt also ein Abfindungsschutz light.

Zum Punkt sechs: Entscheidend für die Höhe der Abfindung und damit auch für die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers ist die Frage, welche Kriterien bei der Bemessung der Abfindung eine Rolle spielen und wie sie zu gewichten sind. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist bei Kündigungen, die nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fallen, das durch langjährige Mitarbeit erdiente Vertrauen des Arbeitnehmers in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu schützen. Außerdem ist ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme erforderlich, wenn eine Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern zu treffen ist³⁴. Diese Aspekte sind erst recht bei der Umgestaltung des KSchG zu berücksichtigen³⁵. Daraus ergibt sich unmittelbar, daß das Dienstalter sich auf die Höhe der Abfindung auswirken muß. Auf Grund des Erfordernisses der sozialen Rücksichtnahme sind zwingend auch die Unterhaltspflichten des betroffenen Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Zwar hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, der sich u.a. darauf erstreckt, welche Belange der Beteiligten er für schutzwürdig erachtet³⁶. Bei dieser Bewertung ist der Gesetzgeber jedoch nicht völlig frei, sondern an die Grundrechte als objektive Wertordnung gebunden. Der Arbeitsplatz ist in der Regel die wirtschaftliche Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer. Ist er anderen Personen zum Unterhalt verpflichtet, so hängt auch deren wirtschaftliche Absicherung von seinem Arbeitsplatz ab. Da nach Art. 6 I GG Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz des Staates stehen, darf der Gesetzgeber die familienrechtlichen Unterhaltspflichten bei der Regelung unterhaltsrelevanter Sachverhalte wie der Kündigung von Arbeitsverhältnissen nicht unbeachtet lassen.

Unter dem Aspekt des sozialen Schutzes ist ferner die Schwerbehinderung zu berücksichtigen, insofern ist der Gesetzgeber durch Art. 3 III S. 2 GG in seiner Bewertung schutzwürdiger Belange eingeschränkt. Nicht unbedingt zu berücksichtigen ist das Lebensalter. Zwar sinken mit steigendem Lebensalter die Chancen auf dem Arbeitsmarkt. In Zeiten, in denen aber auch jüngere Arbeitnehmer stark von Arbeitslosigkeit bedroht sind, ist nicht ersichtlich, daß die Interessen älterer Arbeitnehmer gegenüber den Interessen jüngerer Arbeitnehmer durch eine höhere Abfindung vorrangig zu befriedigen sind³⁷. Jedenfalls kann auf Grund der Vorgaben der in Deutschland noch umzusetzenden Richtlinie 2000/78/EG das Lebensalter bei der Abfindung nicht gleitend berücksichtigt werden. Allenfalls wäre eine Regelung möglich, die Arbeitnehmern ab einem bestimmten Alter eine höhere Abfindung gewährt als Arbeitnehmer unterhalb dieser Altersgrenze sie erhalten.

In die Bemessung einzubeziehen ist dagegen, ob für den Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen besteht oder nicht. Das ist keine Frage der sozialen Rücksichtnahme, sondern eine Frage des angemessenen Interessen-

34 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475.

35 Kamanabrou (Fn. 18), Abfindungsschutz, RdA 2004, 333, 337.

36 BVerfG, Beschl. vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 1998, 1475.

37 Siehe hierzu Buchner (Fn. 13), Deregulierung des Kündigungsrechts, NZA 2002, 533, 536; Kamanabrou (Fn. 18), Abfindungsschutz, RdA 2004, 333, 337 f.

ausgleichs. Wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes das Kündigungsinteresse des Arbeitgebers. Denn der Arbeitgeber kann in einem solchen Fall seine unternehmerische Entscheidung umsetzen, ohne dem Arbeitnehmer zu kündigen. Umgekehrt ist das Kündigungsinteresse des Arbeitgebers hoch, wenn Arbeitsplätze wegfallen, ohne daß für die betroffenen Arbeitnehmer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen. In einem solchen Fall geht es nicht darum, ob die Kündigung erforderlich ist, sondern nur um die Frage der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers. In der Literatur wird eingewandt, daß es in großen Unternehmen – als Beispiel wird ein Unternehmen mit 120.000 Beschäftigten genannt – nicht möglich sei, das gesamte Unternehmen verläßlich auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu überprüfen³⁸. Dieser Einwand trifft aber allenfalls sehr große Unternehmen, deren Zahl sich in Grenzen hält. Außerdem trifft eine übersehene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit den Arbeitgeber bei einer Abfindungslösung weniger hart als bei einem Kündigungsschutz, der echten Bestandsschutz gewährt. Der Arbeitgeber riskiert lediglich moderate und überschaubare zusätzliche Abfindungszahlungen. Das ist ihm im Interesse der Arbeitnehmer am Erhalt ihres Arbeitsplatzes zuzumuten. Würden ungenutzte Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten keine Sanktion nach sich ziehen, wäre die Motivation des Arbeitgebers gering, solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu berücksichtigen.

- 30** Schließlich spielt die Größe des Unternehmens eine Rolle. Als kleine Unternehmen sollten im Rahmen des Abfindungsschutzes Unternehmen mit in der Regel bis zu 20 Beschäftigten angesehen werden. Bei Unternehmen mit mehr Arbeitnehmern können die pauschalierenden Annahmen des BVerfG über die geringere Finanzkraft und die engere persönliche Zusammenarbeit nicht mehr geltend gemacht werden. Allerdings kann auch in kleinen Unternehmen keines der für die Bemessung der Abfindung genannten Kriterien ganz unter den Tisch fallen. Statt dessen sollte die Abfindung unter Berücksichtigung aller angeführten Kriterien im Kleinunternehmen niedriger ausfallen als in größeren Unternehmen. So wird den vom BVerfG genannten Aspekten Rechnung getragen, indem die geringere Finanzkraft kleinerer Unternehmen ebenso berücksichtigt wird wie das größere Bedürfnis nach einer möglichst freien Auswahl bei der Kündigung. Daß die Entscheidungsfreiheit des Kleinunternehmers durch die unterschiedliche Höhe der Abfindung eingeschränkt wird, ist hinzunehmen, da andernfalls das Minimum an sozialer Rücksichtnahme nicht zu gewährleisten wäre. Zur Entlastung der Kleinunternehmen angemessen ist es, sie die Hälfte der Abfindung zahlen zu lassen, die in einem größeren Unternehmen zu zahlen wäre.
- 31** Entsprechend einem Vorschlag aus der Literatur sollte der Anspruch auf Abfindung ausgeschlossen werden, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen vergleichbaren Arbeitsplatz vermittelt und der neue Arbeitgeber sich bereit erklärt, in die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses einzutreten³⁹. In diesem Fall bedarf

38 *Hromadka* (Fn. 13), Kündigungsschutz, AuA 2002, 261, 262.

39 *Buchner* (Fn. 13), Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, 533, 536; *Preis* (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 73.

der Arbeitnehmer keiner finanziellen Unterstützung. Die weiteren Ziele der Abfindung, den Arbeitgeber von Kündigungen abzuhalten und den Arbeitnehmer in Abhängigkeit von der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit für den Verlust seines Arbeitsplatzes zu entschädigen, werden durch die Vermittlungstätigkeit des Arbeitgebers kompensiert.

Zum Punkt sieben: Die Wartezeit von einem Jahr ist als Parallele zur Anwartschaftszeit beim Arbeitslosengeld gedacht. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, den Arbeitgeber früher in die Pflicht zu nehmen als den Staat. Außerdem soll die Abfindung u.a. den Arbeitnehmer in Abhängigkeit von seiner Betriebszugehörigkeit für den Verlust des Arbeitsplatzes entschädigen – das macht erst ab einer gewissen Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses Sinn. Unterbrechungen sollten – ebenfalls in Anlehnung an die Regelungen über das Arbeitslosengeld – unschädlich sein, soweit der betroffene Arbeitnehmer innerhalb von zwei Jahren ein Jahr lang beim Arbeitgeber beschäftigt war. Ansonsten könnten Arbeitgeber den Beginn des Kündigungsschutzes hinauszögern, indem sie bei der Übernahme befristet Beschäftigter eine kurze Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses eintreten lassen, um den Neubeginn der Wartezeit auszulösen. **32**

Zum Punkt acht: Die nach der Abfindungslösung zu zahlenden Abfindungen können unter Umständen im Fall einer Betriebsänderung dazu führen, daß sinnvolle Maßnahmen zur Sicherung von Arbeitsplätzen aus finanziellen Gründen nicht durchgeführt werden können. Deshalb ist es zweckmäßig, der Sozialplanabfindung unabhängig von ihrer Höhe Vorrang vor der nach dem reformierten KSchG zu zahlenden Abfindung zu gewähren. Die Betriebspartner haben so die Möglichkeit, durch geringere Abfindungszahlungen positiven Einfluß auf die Betriebsänderung zu nehmen. Diese Lösung kann zwar zur Folge haben, daß sozialplanpflichtige Betriebe bei ansonsten gleicher Sachlage geringere Abfindungszahlungen zu erbringen haben als nicht sozialplanpflichtige Betriebe, was unterschiedliche Chancen zur Bewältigung einer Krise nach sich zieht. Zum einen kann aber in nicht sozialplanpflichtigen Betrieben ein freiwilliger Sozialplan abgeschlossen werden, und zum anderen sind die unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten im BetrVG angelegt. **33**

2. Gewichtung der Kriterien

Zum Punkt sechs wurde bisher nur ausgeführt, welche Kriterien bei der Bemessung der Abfindung zu berücksichtigen sind, nicht aber, wie sie zu gewichten sind. Die Abfindungslösung verfolgt mehrere Zwecke: Erstens soll dem Arbeitgeber die Entscheidung für eine Kündigung erschwert werden. Wenn eine Kündigung erforderlich ist, soll er soziale Gesichtspunkte und das erdiente Vertrauen langjährig beschäftigter Arbeitnehmer in den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses berücksichtigen. Zweitens soll die Abfindung dem gekündigten Arbeitnehmer neben dem Arbeitslosengeld zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit dienen. Der Arbeitnehmer soll durch eine kurzzeitige Arbeitslosigkeit nicht in finanzielle Bedrängnis geraten. Drittens dient die Abfindung als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes in Abhängigkeit von der Dauer der Betriebszugehörigkeit. **34**

- 35** Die Bedeutung des zweiten Aspekts, die finanzielle Überbrückung der Arbeitslosigkeit, sollte mit Blick auf das Arbeitslosengeld bestimmt werden. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, wie lange das Arbeitslosengeld gewährt wird. Zum anderen spielt die durchschnittliche Vermittlungsdauer eine Rolle. Sie beträgt zur Zeit 33 Wochen und soll auf 22 Wochen gesenkt werden. Gesetzten Fall, die Vermittlungsdauer sinkt auf ca. 25 Wochen ab, so ergibt sich daraus das Bedürfnis für eine finanzielle Absicherung für die Dauer von sechs Monaten. Das entspricht der kürzesten Dauer, für die Arbeitslosengeld gezahlt wird. Dabei soll der Arbeitgeber keine monatlichen Zahlungen erbringen. Diese Überlegungen dienen lediglich dazu, zu ermitteln, wie lange eine zusätzliche finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers vorhalten soll.
- 36** Die beiden anderen Aspekte – die Steuerung des „Ob“ und „Wen“ der Kündigung sowie die Entschädigung des Arbeitnehmers für den Verlust seines Arbeitsplatzes in Abhängigkeit von der Betriebstreue – sollten über Zuschläge zu dem zuvor ermittelten Wert berücksichtigt werden. Diese Vorgaben könnten wie folgt umgesetzt werden:
- 37** Als Basisabfindung erhält der betriebsbedingt gekündigte Arbeitnehmer 1,5 Bruttomonatsgehälter. Auf sechs Monate bezogen erhält der Arbeitnehmer damit pro Monat zusätzlich zum Arbeitslosengeld ein viertel Bruttomonatsentgelt und kann so während der angestrebten durchschnittlichen Vermittlungsdauer seinen Lebensstandard ohne allzu große Einschränkungen halten⁴⁰. Um dem Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung zu erschweren, die Betriebstreue zu belohnen und erbrachte Leistungen zu honorieren, erhöht sich diese Grundabfindung nach dem vollendeten zweiten Beschäftigungsjahr um ein viertel Bruttomonatsentgelt pro Beschäftigungsjahr, nach dem vollendeten zehnten Beschäftigungsjahr um ein halbes Bruttomonatsentgelt für das elfte bis letzte Beschäftigungsjahr. Für jede Unterhaltspflicht erhält der Arbeitnehmer ein Monatsentgelt mehr. Auch das dient der Steuerung von Kündigungen, da für den Arbeitgeber die Kündigung unterhaltspflichtiger finanziell günstiger ist als die Kündigung unterhaltspflichtiger Arbeitnehmer.
- 38** Ebenso kann die Kündigungsbereitschaft gegenüber Schwerbehinderten gemindert werden: Ist der gekündigte Arbeitnehmer schwerbehindert, steigt die Abfindung bei einer Behinderung bis zu 50% um ein Bruttomonatsentgelt. Eine weitergehende Behinderung erhöht die Abfindung pro 10% Behinderungsgrad um ein weiteres viertel Bruttomonatsentgelt. Die Gewichtung der bisher genannten Kriterien spiegelt

40 Wie hoch die Basisabfindung angesetzt wird, ist in gewissem Umfang eine Frage der Wertung. Durch die Basisabfindung soll der Arbeitnehmer rechnerisch für einen Zeitraum von sechs Monaten zusätzlich zum Arbeitslosengeld abgesichert werden, damit er nicht schon bei kurzer Arbeitslosigkeit seinen Lebensstandard stark senken muß. Akzeptiert man diese Funktion der Basisabfindung, kann man sich dennoch für eine geringere oder größere Höhe aussprechen. So hätte der Arbeitnehmer bei einer Basisabfindung von einem Bruttomonatsentgelt rechnerisch für sechs Monate ca. 16,7% seines Bruttomonatsentgelts zusätzlich zum Arbeitslosengeld zur Verfügung. Wer das für ausreichend hält, oder zumindest mit weiteren Beträgen nicht den Arbeitgeber belasten möchte, wird sich für eine entsprechend niedrigere Basisabfindung aussprechen.

für die derzeitige Sozialauswahl anerkannte Punktetabellen wider, hält sich also im Rahmen vertrauter und anerkannter Wertungen.

Auch wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, erhöht sich die Abfindung um ein Bruttomonatsentgelt. Wer kündigt, obwohl eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gegeben ist, hat an sich keinen Grund zur betriebsbedingten Kündigung. Der Arbeitgeber nutzt entweder bewußt den Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes, um sich von dem betroffenen Arbeitnehmer zu trennen, oder er gibt sich nicht hinreichend Mühe, die Kündigung zu vermeiden und „übersieht“ die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Beides soll vermieden werden, weshalb die Kündigung trotz Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu sanktionieren ist. Ein zusätzliches Bruttomonatsentgelt ist dabei noch nicht einmal eine besonders starke Sanktion. Empfindlicher wird der Arbeitgeber getroffen, wenn er mehreren Arbeitnehmern kündigt und dabei Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht beachtet. Denn in solchen Fällen addieren sich die zusätzlich zu zahlenden Gehälter. Jeder Gekündigte, der hätte weiterbeschäftigt werden können, erhält das zusätzliche Bruttomonatsentgelt, und zwar auch dann, wenn mehr Arbeitnehmer betroffen als Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten gegeben sind. Zwar ließe sich auch ermitteln, wer am ehesten hätte weiterbeschäftigt werden müssen, da für die Höhe der Abfindung ohnehin bestimmte Sozialdaten zu berücksichtigen sind. Diese Daten könnte man auch bei der Frage berücksichtigen, welchem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung anzubieten gewesen wäre. Die hier vorgeschlagene Lösung ist aber einfacher handhabbar und erzielt auch eher den gewünschten Steuerungseffekt, da sie den Arbeitgeber finanziell stärker trifft. Um den kündigenden Arbeitgeber, der versehentlich eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit übersieht, nicht in den finanziellen Ruin zu treiben, sollten die zusätzlichen Zahlungen zur Sanktionierung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einen Höchstbetrag beschränkt werden. **39**

Wenn der Arbeitgeber alle Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nutzt, kann keiner der gekündigten Arbeitnehmer sich auf diese Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten berufen. Denn nach diesem Konzept ist es nur entscheidend, daß alle Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten genutzt werden, auf die Auswahl der „richtigen“ Arbeitnehmer kommt es nicht an. **40**

Schließlich ist eine Obergrenze für die Abfindung vorzusehen⁴¹. Nach den bisher genannten Kriterien bekäme ein Arbeitnehmer, der sechs Personen unterhaltspflichtig und seit 40 Jahren im Betrieb ist, eine Abfindung von 24,5 Monatsgehältern. Auch wenn es sich bei diesem Beispiel um einen Extremfall handelt, zeigt es doch, daß ausufernde Ansprüche zu vermeiden sind. In Anlehnung an einen Vorschlag aus der Literatur sollte die Obergrenze bei 18 Monatsgehältern liegen⁴², in Kleinunternehmen bei neun Monatsgehältern. **41**

41 *Preis* (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 79 (§ 16 KSchG-E); *Willemsen* (Fn. 3), Kündigungsschutz, NJW 2000, 2779, 2786 (§ 10 KSchG-E).

42 Vgl. *Preis* (Fn. 10), Bestandsschutzrecht, RdA 2003, 65, 79 (§ 16 KSchG-E).

V. Zusammenfassung

- 42** Das hier skizzierte Abfindungssystem bietet folgende Vorteile: Es ist an den Interessen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bei betriebsbedingten Kündigungen orientiert, indem es mittelbaren Bestandsschutz gewährt und Kündigungen kalkulierbar macht. Die Abfindung ist auf Grund konkreter Vorgaben berechenbar, so daß Rechtsstreitigkeiten über die Höhe der Abfindung sich in Grenzen halten dürften. Ein offener Faktor ist lediglich die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Da sie sich aber für den einzelnen Arbeitnehmer nicht allzu stark auf die Abfindungshöhe auswirkt, sind massenhafte Klagen zur Erhöhung der Abfindung um diesen Betrag nicht zu erwarten. Der Arbeitnehmer behält die Möglichkeit, die Unwirksamkeit der Kündigung mangels betriebsbedingten Kündigungsgrundes geltend zu machen. Das ergänzt den echten Bestandsschutz bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen. Betriebsbedingte Kündigungen werden so für die Arbeitgeberseite kalkulierbar, ohne daß der Arbeitnehmerschutz gegenüber dem bisher praktizierten Kündigungsschutz leidet.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble:

Natürlich werden Sie jetzt sagen, manches stimmt nicht. Da ist die Abfindung zu **43**
niedrig und das paßt mir nicht. Aber das ist natürlich ein gedanklicher Aufwand,
jetzt erstmal einen Schritt weg zu tun von einem System, das man kennt, und sich
einmal einzustellen auf ein System, das einem erstmals vorgeschlagen wird. Jeder
Mensch neigt natürlich dazu, dasjenige, was er schon kennt, besser zu bewerten als
das neue. Aber es ist wenigstens einmal ein System, das konsequent durchgerech-
net ist. Ich will kurz etwas sagen wegen der Abfindungshöhe, da werden die meisten
Einwände kommen, obwohl sich das ja einfach ändern läßt. Ich habe kurz
durchgerechnet: nur die Grundabfindung plus Beschäftigungsdauer, heißt, daß man
nach fünf Jahren 2,5 bekommt. Nach zehn Jahren erhält man 3,75. Nach 15 Jahren
bekommt man 6,25. Nach 20 Jahren 8,75. Nach 25 Jahren Betriebszugehörigkeit
11,25 und die Höchstgrenze von 18 erreicht man kurz vor der Vollendung des 29.
Beschäftigungsjahres. Da werden natürlich manche sagen, ja Moment einmal, wenn
einer zehn Jahre im Betrieb ist und kriegt nur 3,75 Bruttomonatgehälter, wo ist denn
da die Abschreckungswirkung? Da ließe sich sicher über die Formel streiten. Aber wir
sollten uns jetzt nicht um Formeleinheiten kümmern, sondern das System be-
und hinterfragen, da wir die Erfinderin hier haben.

Vielleicht darf ich anfangen? Mein erster Gedanke war, wo eigentlich das Verhältnis
zum Kündigungsfristenschutz ist. Den hat man ja zusätzlich, wenn man älter ist, da
hat man längere Kündigungsfristen, man erhält für diese Zeit schon einmal die volle
Entgeltfortzahlung und dann zusätzlich noch die erhöhte Abfindung. Würden Sie also
vorschlagen, den Kündigungsfristenschutz für Mitarbeiter mit längerer Betriebs-
zugehörigkeit dann entsprechend abzusenken, damit dieser Umstand nur einmal
berücksichtigt wird und nicht zweimal? Das ist die harmlose Frage.

Und die kniffligere Frage – Herr *Bepler* fängt jetzt gleich an die Stirn zu runzeln: Wie
ist es denn mit der tariflichen Unkündbarkeit? Was machen wir denn da? Wenn die
jetzt unkündbar bleiben, dann setzt natürlich der Abfindungskündigungsschutz einen
massiven Anreiz, nur die Nichtunkündbaren zu kündigen. Oder wollen Sie dann
sagen, ja, auch die schöne „Orlando-Kündigung“, also die außerordentliche-
ordentliche Kündigung, oder wie man sie auch immer nennen mag, beziehe ich in
mein Abfindungsmodell ein. Also gilt das auch für diese Fälle der nicht ganz
außerordentlichen Kündigung?

Professor Dr. Sudabeh Kamanabrou, Universität Bielefeld:

Gut, also die erste, wie Sie auch schon gesagt haben, harmlose Frage, läßt sich auch **44**
leicht beantworten. Ich kann mir beides vorstellen. Ich bin nicht dafür, den Kündi-
gungsfristenschutz abzusenken. Ich traue sämtlichen Arbeitgebern zu, soweit vor-
auszuplanen. Das gibt es doch nicht. Die betrieblichen Erfordernisse, welche die
Kündigung erforderlich machen, tauchen doch nicht heute auf sodaß morgen

unbedingt gekündigt werden muß. Also, der Kündigungsfristenschutz ist meines Erachtens zu schaffen. Ich weiß, das kann sich über eine gewisse Zeitdauer erstrecken, aber Sie haben ja ohnehin kein Interesse, einen älteren Arbeitnehmer, einen länger im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer – so muß ich es formulieren – zu kündigen, da die Kündigung teuer wird. Also kündigen sie dem Jüngeren, der kürzere Kündigungsfristen hat. Es wäre aber sicherlich auch machbar, den Kündigungsfristenschutz ein wenig herabzusetzen. Es ist allerdings nicht in meinem Konzept geplant. Also das würde ich eher nicht machen.

Zu den tariflich Unkündbaren: Ich werde jetzt auch nicht das Problem lösen, wie man den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz mit der tariflichen Unkündbarkeit vereinbart. Das ist so ein Projekt für die nächsten fünf Jahre. Da denke ich intensiv drüber nach und dann bekommen Sie eine Antwort. Sie kriegen auch jetzt schon eine: Zu dem Problem habe ich noch keine befriedigende Antwort gehört, auch nach dem geltenden Recht nicht. Bei einer Abfindungslösung würde ich tendenziell erstmal denken, gut, wir versuchen es auch mit der Möglichkeit der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Und ich müßte das dann wirklich durchdenken und schauen, was dabei herauskommt. Ich denke ja, denn wenn man die tariflich Unkündbaren aus dem Kündigungsschutz völlig rausnimmt, belastet das eben auch die Arbeitnehmer, die Kündigungsschutz genießen. Und das ist nur bis zu einem gewissen Punkt gerechtfertigt. Aber das Verhältnis, da die Ausgewogenheit herzustellen, das ist, wie gesagt, nicht nur ein Problem, das ich habe, sondern ein Problem, das generell nicht gelöst ist – bis jetzt.

Volker Rieble:

- 45** Ja, man könnte z.B. auch daran denken zu sagen: „Ich schaff einfach diese tarifliche Unkündbarkeit für betriebsbedingte Kündigung ganz ab, denn die ist ja Schmarren und verweise die Tarifparteien darauf, das Abfindungsmodell durch Veränderung der Abfindungskurve entsprechend zu modifizieren“. Daß die einfach sagen: „Wer einen 55-Jährigen nach 20 Jahre Betriebszugehörigkeit kündigt, der zahlt dann eben mehr als die 18 Monate, die sie in ihrem gesetzlichen Modell als Deckelung eingebaut haben“. Damit könnten die Tarifparteien ihr Regelungsziel genauso erreichen, wären aber auf eine gewisse Harmonie zu einem Abfindungssystem verpflichtet und könnten das dann nicht mehr machen. Das könnte man auch erwägen.

Sudabeh Kamanabrou:

- 46** Die Tarifvertragsparteien sind sicherlich eingeladen, die tarifliche Unkündbarkeit abzuschaffen.

Volker Rieble:

Das machen wir gleich mit der Auflösung der Arbeitgeberverbände in einem. Die 47 haben wir ja heute schon beschlossen.

Dr. Ulrike Fleck, BASF AG:

Für mich stellen sich zwei zentrale Fragen. Nämlich einmal: Nach den letzten 48 Studien zur Frage, wie viele gekündigte Arbeitnehmer überhaupt Kündigungsschutzklage erheben, ergibt sich, daß dies nur jeder dritte tut.

Sudabeh Kamanabrou:

Ich habe da andere Zahlen. 49

Ulrike Fleck:

Egal, selbst wenn es 50% sind, dann bestehen immer noch 50%, die gar nicht gegen 50 ihre Kündigung klagen, die also einfach akzeptieren, d.h. in dem Fall hat der Arbeitgeber von vornherein keine Kosten. Wird geklagt und der Arbeitgeber gewinnt den Prozeß, dann hat er auch keine Kosten. D.h. also, in der Mehrzahl der Fälle, wenn wir jetzt einmal die Zahlen als richtig unterstellen, hätte der Arbeitgeber überhaupt keine Kosten. Wenn man mit dem Abfindungsmodell kommt, dann hat er überhaupt nicht mehr die Chancen aus dem ganzen Ding kostenlos rauszukommen. Unabhängig davon, wie man jetzt die Abfindungskriterien im einzelnen gewichtet und gestaltet und wie hoch man dann die Abfindung festlegt. Darauf will ich gar nicht eingehen.

Und der zweite Punkt ist: Wenn Sie sagen, wenn ein Sozialplan in dem Unternehmen besteht, dann wird diese gesetzliche Abfindung, die Sie da vorsehen wollen, halt einfach gegen gerechnet, dann muß man bedenken, daß es da ja auch noch einen vorgelagerten Prozeß gibt, nämlich die Frage: Wird der Arbeitgeber überhaupt einen Sozialplan abschließen? Das muß er vielleicht ggf., wenn er über die Einigungsstelle dazu gezwungen wird. Wenn der Betriebsrat sich aber nicht dementsprechend verhält, sondern halt dann nicht auf den Abschluß eines Sozialplans besteht und die Einigungsstelle eben nicht beruft, dann wird es vielleicht auch zu einer Schwächung des Betriebsrates in diesem Unternehmen kommen. Und das mag für das Unternehmen auch nicht unbedingt günstig sein.

Volker Rieble:

Erlauben Sie mir noch anzuknüpfen? Es kann umgekehrt auch zu einer Stärkung 51 kommen, weil der Betriebsrat sich genötigt sieht, wegen der Anrechnung beim Sozialplan erst recht viel rauszuholen, um seine Existenz zu rechtfertigen.

Sudabeh Kamanabrou:

- 52** Ich fange einmal mit dem letzten Punkt an: Wenn der Betriebsrat die Einigungsstelle nicht anruft und sich entscheidet, keinen Sozialplan zu erzwingen und wenn er dann geschwächt wird, ist das ein Problem. Ich meine, er hat ja ein gesetzliches Verfahren, um ggf. einen Sozialplan zu erzwingen. Und wenn er das möchte, soll er sich bemühen. Das mag auch zu einer Schwächung führen. Auf der anderen Seite mag es ja auch eben unter bestimmten Umständen zu einer Stärkung führen. Es gibt sicherlich das praktische Beispiel so herum und das praktische Beispiel andersrum. Ich hätte jetzt auch vielmehr die Gefahr gesehen, daß der Betriebsrat sagt: „Klasse, wir brauchen eine Abfindung, eine Sozialplanabfindung, die höher ist, damit wir für unsere Arbeitnehmer noch etwas herausholen“. Das wäre das, was ich erwartet hätte. Denn sonst, wenn ich als Arbeitnehmer sowieso nur die gesetzliche Abfindung bekomme – wie langweilig. Was hat mein Betriebsrat dann für mich geleistet?

Und zu dem ersten Punkt: Ich habe Zahlen, die eigentlich aus ihrer Argumentation sicherlich noch besser sind, vom WSI. Danach soll nur jeder zehnte gegen die Arbeitgeberkündigung klagen. Davon bekommt aber jeder zweite eine Abfindung. D.h. wer klagt, hat eine verdammt hohe Abfindungsquote, eine verdammt hohe Erfolgsquote. Was mich ehrlich gesagt auch immer vor ein Rätsel stellt, ist die Tatsache, daß so viele Arbeitnehmer die Kündigung hinnehmen. Das ist nicht empirisch untersucht worden, soweit ich weiß. Ich würde Ihnen folgendes sagen: Hoffen Sie einfach darauf, daß bei einer Abfindungslösung genauso wenig Arbeitnehmer klagen. Sollten die Arbeitnehmer bei einer Abfindungslösung eher klagen, weil natürlich der Anspruch auf eine Abfindung – aus Sicht der Arbeitnehmer – leichter geltend zu machen ist als ein Kündigungsschutzprozeß, dann kann es tatsächlich teurer werden. Das ist richtig, ich habe auch an einer Stelle ganz bewußt formuliert: für die Arbeitgeber, die bisher dem Risiko ausgesetzt sind – tatsächlich ausgesetzt sind –, Annahmeverzugslohn zu zahlen, wird es billiger. Für andere kann es teurer werden. Es soll ja – soweit ich informiert bin – auch ganze Branchen geben, in denen Kündigungsschutzklagen unüblich sind. Sag ich jetzt einmal. Da wird gekündigt und da wird überhaupt nichts gezahlt. Unangenehm, wenn plötzlich eine Abfindungslösung kommt, das ist richtig. Aber, mein Hauptargument für den Abfindungsschutz ist nicht, daß er in der Praxis flächendeckend stattfindet, sondern, daß er als Schutzform bei der betriebsbedingten Kündigung eher interessengerecht ist. Es mag sein, daß dadurch zum Teil höhere Kosten entstehen. Da muß man allerdings der Arbeitgeberseite auch vorhalten, daß von dieser Seite aus immer gesagt wurde, der heutige Kündigungsschutz wäre schrecklich, er wäre unübersichtlich, man hätte diese ganzen Prozeßnebenkosten und sonstige Kündigungsnebenkosten und könne damit nicht leben, sozusagen: Damit können wir nicht rechnen. Ich habe Ihnen nur kalkulierbaren Kündigungsschutz versprochen, nicht billigen Kündigungsschutz.

Volker Rieble:

- 53** Das verdient vielleicht auch noch ein zusätzliches Argument. Es ist in hohem Maße ungerecht, daß nur die klagewütigen Arbeitnehmer das bekommen, dagegen die

Arbeitnehmer, die irgendwie eingeschüchtert sind oder persönlich keinen Mut haben vor Gericht zu gehen oder aus anderen Gründen das nicht tun, vom Kündigungsschutz ausgeschlossen sind. Da kann man sich jedenfalls drüber unterhalten. Also, ich glaub auch, wir sollten nicht das Augenmerk darauf legen, daß der Kündigungsschutz vor allem billig werden soll, sondern daß er transparent wird. Und man müßte dann ja auch erstmal gegen rechnen: Was ersparen sich eigentlich letztlich die Arbeitgeber durch die Minderung des Kündigungsaufwandes? Das Führen der Prozesse, Sozialauswahl, Sozialauswahlrichtlinien und, und, und. Das müßten Sie alles erstmal gegen rechnen, bevor man eine abschließende Bewertung aus ökonomischer oder Kostenfolge-Sicht vornehmen kann.

Dr. Andrea Nicolai, Rechtsanwältin:

Ja, ich folge Ihrem Vorschlag, Herr *Rieble*, und lasse mich auf dieses Modell ein. Nur, je länger ich hier sitze desto mehr Fragen habe ich. Ich versuche es also zu begrenzen. Die erste war die Differenzierung zwischen personen- und verhaltensbedingter Kündigung auf der einen Seite und der betriebsbedingten Beendigungskündigung auf der anderen Seite, die mich persönlich nicht ganz überzeugt hat. Vor allen Dingen führt das ja zu einem unterschiedlichen Schutzniveau bei den Arbeitnehmern, wenn ich für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen weiterhin das Kündigungsschutzgesetz habe und bei betriebsbedingten Beendigungskündigungen dann dieses Abfindungsmodell. Vor allen Dingen meine ich, daß die Trennung nach Sphären diese Differenzierung nicht unbedingt trägt, weil Sie es ja dem Arbeitgeber bei der betriebsbedingten Beendigungskündigung jetzt auf einmal leichter machen, obwohl der Kündigungsgrund aus seiner Sphäre kommt. Ich meine, daß sich das widerspricht. Das unterschiedliche Schutzniveau kommt dann daher, daß dann personen- und verhaltensbedingte Kündigung in Kleinbetrieben letztlich weiterhin möglich sind, für die gilt dann auch § 23. D.h. ich muß einem Kleinunternehmer empfehlen, für eine person- oder verhaltensbedingte Kündigung sachliche Gründe zu nennen, damit er damit durchkommt. Das ist der eine Punkt. Also, ich sehe für dieses Schutzniveau keine Begründung. Sie kriegen dann weitere Abgrenzungsprobleme zur betriebsbedingten Kündigung, die sie angesprochen haben. Willkürkontrolle, da weiß ich im Moment nicht, wie Sie die durchführen wollen. Ich denke, ein geschickter Anwalt, ein geschickter Berater wird es immer schaffen, dieser Willkürkontrolle tatsächlich standzuhalten.

Zwei Einzelfragen: bei der Verrechnung mit der Sozialplanabfindung tauchte gerade bei mir jetzt die Frage auf, wie Sie es machen, wenn ein Transfersozialplan vereinbart wurde, also der über externe Beschäftigungsgesellschaften. Und bei den Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nur eine klarstellende Frage: Je Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ein Bruttomonatsgehalt oder auch, wenn mehrere vorhanden waren? Das ist die eine Frage. Die andere Frage, in Anlehnung an das derzeitige Konzept: Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auch dann, wenn die Situation geänderter Arbeitsbedingungen möglich war, bzw. das Modell, was wir in 1 Abs. 2, Satz 3 KSchG haben?

Sudabeh Kamanabrou:

- 55** Also, das unterschiedliche Schutzniveau bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen auf der einen und betriebsbedingten Kündigungen auf der anderen Seite: Es ist so, daß zwar die betriebsbedingte Kündigung aus der Sphäre des Arbeitgebers stammt, der Arbeitgeber aber ja nicht der böse Kündigende ist, der den Arbeitsplatz mutwillig vernichtet hat, um endlich den Arbeitnehmer rauswerfen zu können. So war es nicht gemeint mit den Sphären, sondern: Bei der personen- und verhaltensbedingten Kündigung geht der, ich nenne es jetzt Angriff, auf die Person des Arbeitnehmers. Da wird gesagt: „Du, Arbeitnehmer verhältst Dich nicht mehr so oder leistest nicht mehr so, daß ich Dich behalten kann. Alle anderen würde ich super gerne einstellen und beschäftigen, aber Dich nicht“. Und das ist eben etwas, was, meines Erachtens, auf eine ganz andere Art und Weise zu schützen ist. Da hat man als Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse. Schutz zu erhalten und davor bewahrt zu werden, daß man hinausgekegelt wird, nur, weil man länger als sechs Wochen im Jahr erkrankt war oder sich angeblich eines Diebstahls schuldig gemacht hat oder sonst etwas. Daß die betriebsbedingte Kündigung nach meinem Konzept erleichtert wird – aber was heißt erleichtert? zumindest gegenüber dem bisherigen Bestandschutzmodell wird sie erleichtert, das ist richtig – ist durchaus Ziel und Sinn der Sache. Ich bin nicht grundsätzlich dagegen, daß betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden, weil mein Gedanke eben ist, daß wir Arbeitsplätze, die weggefallen sind, nicht krampfhaft erhalten können. Es geht nur darum, ein wenig ein Kündigungshemmnis zu schaffen. Daß man Arbeitgebern in Kleinbetrieben rät, eher eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen, führt mich auch gleich zu dem Aspekt der Willkürkontrolle, klar. Wir können nicht verhindern, daß Arbeitgeber irgendetwas vorschieben und irgendwelche Kündigungen irgendwie verpacken, weil das unter Umständen dann günstiger ist und das unter Umständen klappt. Wir können auch nicht verhindern, daß ein Arbeitnehmer, dem völlig sozialwidrig gekündigt wird, sich zurücklehnt und die Kündigung in Kauf nimmt und nicht klagt. Gut, dann klagt er eben nicht. Willkürkontrolle ist was schwieriges, Willkürkontrolle entlastet auch die Arbeitsgerichte nicht. Ich weiß, die Arbeitsrichter sind nicht unbedingt glücklich mit dieser Lösung, aber sie ist erforderlich, um dieses Schutzniveau, diesen Schutzstandard zu halten. Wenn Sie die Abfindungslösung aus den Jahren 2000 bis 2002 sehen, ist meines Erachtens dort auch wirklich eine Trennlinie zwischen denen, die sagen „wir brauchen eine Willkürkontrolle, sonst können wir das aufgeben mit personen- und verhaltensbedingter Kündigung und betriebsbedingter Kündigung“ und den anderen. Ich glaube übrigens auch nicht, daß es so einfach ist, mit der willkürlichen Kündigung und der Umetikettierung von Kündigung. Wenn Sie eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen und kündigen, aber an sich verhaltensbedingt, habe ich Vertrauen, daß das im arbeitsgerichtlichen Prozeß rauskommt. Ich hoffe, daß das wirklich funktioniert.

Zu den Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten: Wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, wenn der Arbeitnehmer auf irgendeinem Arbeitsplatz hätte weiterbeschäftigt werden können, dann ein Monatsgehalt mehr. Aber nicht: wenn er

auf fünf weiterbeschäftigt hätte werden können, fünf mehr. Also, bitte nur einmal verwerten.

Zum Transfersozialplan würde ich auch auf den ersten Blick sagen: ja, machen wir genauso, machen wir mit der Anrechnung und...

Volker Rieble:

... pro Monat Transferbeschäftigung ein Monatsentgelt weniger ... **56**

Sudabeh Kamanabrou:

... anrechnen? Ja, genau. **57**

Volker Rieble:

Jedenfalls machen wir das mit einer Formel. **58**

Dr. Stefan Krauss, Südwestmetall:

Ich teile ihre Auffassung nicht, daß nur jeder Zehnte klagt, wie das die Gewerkschaft **59** hat untersuchen lassen, oder auch nur jeder Dritte. Bei uns in Baden-Württemberg, behaupte ich mal, klagt in der Metallindustrie jeder, oder nahezu jeder. Das läßt mich zu meiner Frage kommen, Frau Professor *Kamanabrou*: Brauchen wir denn überhaupt so eine Abfindungslösung? Sie haben das apostrophiert mit der Überschrift „das gebietet ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme“. Ich denke, man übersieht dabei, daß die Mitarbeiter ja für die Zeit, die sie in dem Unternehmen waren und gearbeitet haben, ihre Vergütung bekommen haben. Und Sie haben es richtig gesagt, es gibt kein Versprechen des Arbeitgebers auf einen lebenslangen Arbeitsplatz. Lebenslang gibt es eigentlich hier nur in der christlichen Ehe und da hält es auch nicht immer.

Die Zahlen möchte ich schon noch kurz kommentieren. Das ist nämlich nicht so einfach, wie Professor *Rieble* sagt, wenn er fünf Jahre da ist, sind es 2,5. Das wäre ja so die Üblichkeit. Man muß sich Ihre Tabelle anders anschauen. Wenn Sie sehen, daß da einer ein Jahr da ist und nach ihrem Modell 1,5 Gehälter kriegen soll, dann ist das das dreifache dessen, was er jetzt kriegt, weil wir uns üblicherweise mit einem halben Gehalt vergleichen. Wenn er vier Kinder hat und er ist anderthalb Jahre da, dann kriegt er nach ihrem Modell mit fünf Unterhaltspflichten 7,5 Gehälter und damit das zehnfache dessen, was er jetzt kriegt. Also, die Zahlen – ganz daneben. Und wenn man einen normalen Arbeitnehmer nimmt, ich sag jetzt mal einen Durchschnittsmenschen, der acht Jahre das ist, verheiratet ist, zwei Kinder hat, dann kriegt er sieben Gehälter nach Ihrem Modell, und das ist ungefähr 75% mehr, als das, was er jetzt üblicherweise bekäme, wenn er nämlich vier Gehälter für acht Jahre Betriebszugehörigkeit bekäme.

Ich glaube, daß ein solches Modell dazu führt, das Gegenteil von dem zu erreichen, was man möchte. Man möchte ja Arbeitsplätze schaffen und die Einstellungs Voraussetzungen verbessern. Man schafft aber durch so ein Modell eine zusätzliche Barriere gegen Einstellungen, weil man jetzt schon weiß, daß es teuer wird, den Mann loszuwerden. Ihre Überschrift ist „kalkulierbare Kündigung“. Da wäre ich ja mit Ihnen, aber Kalkulation darf es ja nicht um jeden Preis geben. Das muß eigentlich heißen „die bezahlbare Kündigung“. Und wenn Sie die bezahlbare Kündigung haben wollen, dann muß man ein Modell machen, das sich rechnen läßt. Und warum vergleicht man alle Prozesse, egal, ob verhaltens-, betriebs- oder personenbedingt? Weil man nicht weiß, wie hoch das Annahmeverzugsrisiko während der Prozeßdauer ist. Und wenn wir an der Schraube Annahmeverzugsrisiko nicht drehen, ändert sich gar nichts. Und deswegen ist aus meiner Sicht die Frage: Braucht man tatsächlich so eine Abfindungslösung oder muß man sich nicht vielleicht überlegen, ob man das System anders machen kann, etwa so, daß man sagt: „Ab dem Datum des Fristlaufs der Kündigung, ab dem Ende der Kündigungsfrist also, gibt es keinen Annahmeverzug mehr, dann kann man deswegen ausstreiten“. War die Kündigung sozial gerechtfertigt, dann ist er raus, war sie nicht sozial gerechtfertigt, dann geht es eben dann ab dem Zeitpunkt wieder weiter und dann hat man die ganze Diskussion weg. Und es geht ja immer nur darum, ob man es bezahlen kann.

Sudabeh Kamanabrou:

- 60** Zu dem Aspekt, daß die Mitarbeiter entlohnt werden – das habe ich mir natürlich auch überlegt. Herr *Thüsing* würde Ihnen entgegenhalten: Wenn wir ihnen keine Abfindung gewähren, dann müßten sie ihre Arbeitskraft teurer verkaufen. Ich erwähne das nur, weil ich mich frage, wie der Arbeitnehmer das machen soll. Deshalb ist das meines Erachtens nicht so das schlagendste Argument. Ich ziehe mich dabei auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts und dieses Minimum an sozialem Schutz und auch den Aspekt des angemessenen Interessenausgleichs zurück. Und es ist kein angemessener Interessenausgleich, wenn eine Seite machen kann, was sie will, ohne daß die andere Seite in irgendeiner Form geschützt wird. Das wollen Sie aber ja auch gar nicht erreichen in irgendeiner Form. Sie haben richtig berechnet. Herr *Rieble* hat es insofern kleingerechnet, als er die Unterhaltspflichten rausgelassen hat. Aber es ging, glaube ich, auch erstmal um eine Grundberechnung. Es wird zunächst einmal teurer als nach jetzigem Recht. Aber für Sie gerade nicht. Denn Sie sind ja mein Musterarbeitgeber, der unter der jetzigen Regelung, unter Annahmeverzugslohn und Kündigungsnebenkosten enorm leidet. Und wenn Sie die Verfahrensdauer in Baden-Württemberg – es sind bestimmt nur vier Monate und nicht sechs – rechnen, da haben Sie schon einmal vier Monatsgehälter allein durch diese Verfahrensdauer drin, die sie einkalkulieren müssen. Vom Aufwand ganz abgesehen. Also, wenn Sie berücksichtigen, was Sie alles sparen, ist Abfindungslösung in diesem Fall einmal nicht so teuer. Teuer ist es für diejenigen, die im Moment keine Abfindungen zahlen müssen. Und was die Unterbrechung angeht, das ist eine andere Möglichkeit zu sagen, wir drehen am Annahmeverzugslohn. Da bin ich aber auch nur auf den Gedanken gekommen, den

Sie eben erwähnt haben, daß man sozusagen diese Unterbrechungsphase dem Arbeitnehmer anlastet, und damit bin ich auch nicht einverstanden. Das ist eben so eine Grundposition. Ich denke nicht, daß die Sozialwidrigkeit der Kündigung für diesen Annahmeverzugszeitraum sein Risiko ist.

Professor Dr. Frank Bayreuther, Technische Universität Darmstadt:

Es ist vielleicht eine ein bißchen pessimistische Annahme, aber ich weiß nicht, ob es **61** nicht vielleicht zutrifft, daß man betriebsbedingte Kündigung einfach gar nicht mehr durchsetzen kann und da eigentlich nur mit einer Abfindung aus dem Prozeß geht. Es wurde jetzt sehr häufig gesagt, daß nicht viel geklagt wird und viele Prozesse einfach auch schlicht gewonnen werden.

Ich stelle nur eine Frage: Macht nicht eine soweit vollkommen kalkulierbare Kündigung, wo man weiß, daß man auf jeden Fall am Ende eines Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zahlen muß, möglicherweise Arbeit sehr teuer? Was würde der ordentliche Kaufmann tun? Er muß es ja eigentlich tun, er muß Rücklagen bilden. Und wenn, dann sieht es doch eher so aus, daß der Arbeitgeber denkt „das wird schon gut gehen“, sonst würde er ja den Arbeitnehmer nicht einstellen. Und kommt es zur Krise, ist vielleicht das Wehklagen in der Tat groß, und dann wird es vielleicht auch teuer. Aber es ist doch so, wenn ich weiß, daß ich am Ende eines Arbeitsverhältnisses sicher vier, sechs, acht Monate zahlen muß, werde ich monatliche Rücklagen bilden oder einfach eine Versicherung abschließen und dadurch die Arbeit möglicherweise weiter verteuern. Dies alles immer unter der Maßgabe meiner Frage, ob man nicht einfach die andere Voraussetzung ändert, indem man sagt, die Kündigung muß wieder durchsetzbar werden.

Sudabeh Kamanabrou:

Ja, das ist natürlich ein Problem. Es wird für alle Seiten kalkulierbar. Und das bringt **62** auch Nachteile mit sich. Ich finde aber, daß das Bild des Arbeitgebers, der bei der kalkulierbaren Kündigung Rücklagen bildet und das heutzutage bei dem Kündigungsschutz nicht tut, ein widersprüchliches ist. Der vernünftige Arbeitgeber muß unter den jetzigen Bedingungen ja nun auch Rücklagen bilden. Deshalb meine ich, daß das nicht zusammenpaßt, zu sagen, im Moment lebt er sorglos in den Tag hinein und sobald er weiß, wieviel er bei einer Kündigung zu zahlen hat, wird er das nicht tun.

Ich möchte am Rande noch eine Kleinigkeit loswerden: Der Arbeitgeber sollte meines Erachtens wenigstens eine gewisse Zeit lang die Möglichkeit haben, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, ohne gleich Abfindung zahlen zu müssen. Ich bin sicherlich für die Korrektur des § 14 Abs. 2 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz dahingehend, daß man auch wieder bei Neueinstellung eine vernünftige Möglichkeit hat, für zwei Jahre befristet neu einzustellen. Und damit läßt sich meines Erachtens auch schon einiges überbrücken.

§ 4 Die Entwicklung des Tarifvertragsrechts zwischen Neuinterpretation und gesetzgeberischer Neuregelung

Rn.

A. Referat Hans Hanau	1
I. Einleitung	1
II. Das System des Tarifvertrags – Bedeutung und Konsequenzen seiner gesetzlichen Ausgestaltung	4
1. Philosophie	5
2. Das „klassische“ Günstigkeitsprinzip	8
3. Der Status des Außenseiters	12
4. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt	14
III. Systemanpassungen durch die Tarifvertragsparteien selbst	16
IV. Aufweichung des Systems durch Neuinterpretation seiner gesetzlichen Ausgestaltung	19
1. Das neu verstandene Günstigkeitsprinzips	19
a. Dogmatische Inkonsistenz	23
b. Folge: Beseitigung der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags durch die Hintertür	26
2. Unverhältnismäßigkeit der Tarifbindung	28
a. Die Grenzen der Selbstbindung durch Verbandsbeitritt	29
[1] Die prinzipielle Suspendierung der Vertragsautonomie des Arbeitnehmers .	29
[2] Die Grenzen der dem Kartell geschuldeten Solidarität – Keine Inkaufnahme des tarifbedingten Wegfalls des Arbeitsplatzes	30
[3] Die Suspendierung der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags	33
[4] Beweis- und Argumentationslast	41
[a] Das Verbot der Unverhältnismäßigkeit	41
[b] Keine Geltung des Grundsatzes „In dubio pro libertate“	42
b. Beteiligung Dritter als Hilfsmittel zur Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit	43
[1] Schwierigkeiten und Risiken der Feststellung einer Arbeitsplatzgefährdung	43
[2] Zustimmung des Betriebsrat und/oder der Belegschaft als Indiz für das Vorliegen einer Arbeitsplatzgefährdung?	46
[a] Die Rolle des Betriebsrats	48
[b] Die Belegschaftswahl	51
V. Reform durch gesetzliche Neuregelung – Ermöglichung von Außenseiterwettbewerb	60
1. Begrenzung der Fortgeltung gem. § 3 Abs. 3 TVG auf ein Jahr	61
2. Beschränkung von § 3 Abs. 2 TVG auf Solidar- und Ordnungsnormen	64
3. Beschränkung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung gem. § 5 TVG	66

4. Keine gesetzlichen Öffnungsklauseln zugunsten von Betriebsvereinbarungen	67
VI. Zusammenfassung	71
B. Diskussion	74

A. Referat Hans Hanau*

I. Einleitung

Daß der Tarifvertrag oder genauer das System des deutschen Tarifvertrags in der Krise steckt, ist mittlerweile geradezu ein Gemeinplatz. Insbesondere dem Flächen-tarifvertrag wird mangelnde Flexibilität und Differenzierung vorgeworfen. Er wird mitverantwortlich gemacht für zu hohe Arbeitskosten der deutschen Wirtschaft und gilt damit als einer der Verursacher der hohen Arbeitslosigkeit¹.

Der Tarifvertrag ist deshalb von verschiedenen Seiten unter Druck geraten: Arbeitgeber flüchten aus den Arbeitgeberverbänden oder streifen die Tarifbindung durch eine sog. OT-Mitgliedschaft, die Ausgliederung von Unternehmensteilen oder durch Produktionsverlagerung ins Ausland ab. Und in der Arbeitsrechtswissenschaft versucht man seit nunmehr 20 Jahren, zunächst zögerlich, inzwischen aber mit wachsender Begeisterung den vorhandenen gesetzlichen Normenbestand im Sinne der gewünschten Flexibilisierung umzuinterpretieren², – bislang allerdings noch gegen den Widerstand der Rechtsprechung³. Das könnte jetzt sogar den Gesetzgeber auf den Plan rufen. Die bisherigen Oppositionsparteien im Bundestag haben Gesetzesentwürfe vorgelegt, um insbesondere sog. betrieblichen Bündnissen für Arbeit den gesetzlichen Weg zu ebnen⁴.

Sollte es in Berlin nach der nun anstehenden Regierungsbildung doch noch zu einem „Politikwechsel“ kommen, könnten diese Pläne tatsächlich Gestalt annehmen. Drei Tage nach der Bundestagswahl besteht somit ein an Aktualität gar nicht mehr zu überbietender Anlaß, diese Reformbemühungen kritisch zu beleuchten – natürlich nicht zuletzt in Hinblick auf den Beitrag, den sie zur Transparenz im Arbeitsrecht zu leisten vermögen, die uns ja als Leitmotiv dieser Veranstaltung in besonderer Weise ans Herz gelegt ist.

II. Das System des Tarifvertrags – Bedeutung und Konsequenzen seiner gesetzlichen Ausgestaltung

Als Grundlage werde ich uns zunächst skizzenhaft das Modell des deutschen Tarifvertragsystems ins Gedächtnis rufen, wie es bislang im Tarifvertragsgesetz seinen Ausdruck gefunden hat.

* Privatdozent Dr. Hans Hanau, Eberhard Karls Universität Tübingen.

1 Zuletzt etwa Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifautonomie auf dem Prüfstand, 2004; *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1 ff.; *Buchner*, Öffnung der Tarifverträge im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Vorgaben und arbeitsmarktpolitischer Erfordernisse, GS Heinze (2005), S. 105 ff.

2 Dazu unten Fn. 21.

3 BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/981, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG („Äpfel mit Birnen“-Vergleich).

4 Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vom 18.6.2003, BTDrucks. 15/1182; Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 25.6.2003, BTDrucks. 15/1225.

1. Philosophie

- 5 Dem Modell des deutschen Tarifvertrags liegt die Prämisse vom allein verhandlungsschwachen Arbeitnehmer zugrunde, der im Arbeitsvertrag keine als sozialpolitisch adäquat empfundenen Arbeitsbedingungen erreichen kann.
- 6 Die Arbeitnehmer schließen sich deshalb zu einem Verband zusammen, um ihre Verhandlungsmacht zu bündeln. Diese Kartellierung soll es ihnen ermöglichen, den Marktpreis zugunsten der Verbandsmitglieder zu verschieben⁵. Gesichert wird das Ergebnis durch die zwingende Wirkung des resultierenden Tarifvertrags, die einen Unterbietungswettbewerb auf dem Arbeitsmarkt verhindert – und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist den Arbeitnehmern verboten, einander sog. Schmutzkonzurrenz zu machen, sich also beim Wettbewerb um knappe Arbeitsplätze zu unterbieten. Und zum anderen können sich die Arbeitgeber, die Mitglied im Arbeitgeberverband sind und damit ihrerseits ein Kartell bilden, keinen Kostenvorteil verschaffen, indem sie Arbeitskräfte zu niedrigeren Löhnen gewinnen als ihre Konkurrenten⁶.
- 7 Dieses System muß sich seiner inneren Logik nach gerade in der Unternehmenskrise bewähren⁷. Jede Kette ist nur so stark wie ihr schwächstes Glied. Wenn es hier Arbeitnehmern gestattet wäre, unter das Tarifniveau auszuweichen, wäre der Wettbewerb nach unten eröffnet, der letztlich die ganze Branche erfassen würde. Das Verschwinden von Arbeitsplätzen, die zu Tarifkonditionen nicht mehr finanzierbar sind, scheint zur Stabilisierung des erreichten Tarifniveaus für die verbleibenden *beati possidentes*, die glücklichen Arbeitsplatzbesitzer, unvermeidlich⁸ und so gesehen systemkonform, – zumal innerhalb einer geschlossenen Volkswirtschaft auf diese Weise gewährleistet ist, daß die arbeitslos gewordenen tarifgebundenen Arbeitnehmer im nächsten Arbeitsverhältnis wiederum nur zu Tarifkonditionen beschäftigt werden können.

2. Das „klassische“ Günstigkeitsprinzip

- 8 Individualvertragliche Abweichungen vom Tarifvertrag können in diesem System – vom Ausnahmefall einer Gestattung im Tarifvertrag abgesehen – für die Tarifgebundenen nur erlaubt sein, wenn sie noch über das Tarifniveau hinausgehen. Das durch die Kartellierung verfolgte Ziel wird hierdurch nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil sogar noch übertroffen.

5 Dazu, daß das Ziel der Kartellvereinbarung typischerweise in der Erzielung eines über dem markträumenden Preis liegenden Entgelts liegt, weil sonst Gewerkschaften weitgehend funktionslos wären, *Möschel*, Tarifvertragsreform zwischen Ökonomie und Verfassung, BB 2005, 490.

6 *Möschel* (Fn. 5), S. 490. Zum Interesse der Arbeitgeber an einer möglichst wettbewerbsneutralen Kostenbelastung durch gleiche Tariflöhne *Konzen*, Die Tarifautonomie zwischen Akzeptanz und Kritik, NZA 1995, 913, 916.

7 Dazu *Belling/Hartmann*, Die Tarifbindung in der Insolvenz, NZA 1998, 57, 60 Fn. 47.

8 Vgl. *Lieb*, Mehr Flexibilität im Tarifvertragsrecht? „Moderne“ Tendenzen auf dem Prüfstand, NZA 1994, 289, 291; *Rieble* (Fn. 1), S. 44; *Lessner*, Chancen dezentraler Tarifpolitik, RdA 2005, 285, 292.

Das berühmte Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG kann in diesem Rahmen **9** deshalb nur eng interpretiert werden. Der durch die Gewerkschaft artikulierte Gemeinschaftswille hat sich in der tariflichen Regelung niedergeschlagen und darf nicht durch individuelles Abweichen konterkariert werden. Der Günstigkeitsvergleich kann so nur in Hinblick auf eine Übererfüllung der tariflichen Zielvorgaben erfolgen, keinesfalls aber einen Unterbietungswettbewerb ermöglichen⁹.

Diese Beschränkung der individualvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten findet **10** ihren inneren Grund im Verbandsbeitritt des betroffenen Arbeitnehmers. Ihm wohnt ein kollektives Element inne¹⁰. Der Arbeitnehmer hat sich dadurch einem Gemeinschaftsziel untergeordnet, das ihm Solidarität und ggf. auch ein Opfer für diese Gemeinschaft abfordert¹¹.

Nicht zuletzt dient die Sicherung des Tarfniveaus aber auch dem Schutz des **11** Arbeitnehmers vor sich selbst, der so gar nicht erst in die Verlegenheit geraten kann, tarifvertraglich gewährleistete Ansprüche im Tausch gegen Vorteile auf anderen Feldern zur Disposition zu stellen.

3. Der Status des Außenseiters

Die Wirkungen des Tarifvertrags erstrecken sich im Grundsatz nur auf die Tarif- **12** vertragsparteien und die Verbandsmitglieder. Die Tarifgeltung ist also im Kern mitgliedschaftlich legitimiert. Auf sog. Außenseiter findet der Tarifvertrag hingegen keine Anwendung. Ihnen, aber auch nur ihnen ist es somit möglich, in Wettbewerb zu den Tarifkonditionen zu treten.

Der Status des Außenseiters ist in der bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung **13** einigermaßen prekär – die Stichworte „Fortgeltung der Tarifbindung nach Verbandsaustritt (§ 3 Abs. 3 TVG)“ sowie „Erfassung von Außenseitern durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung (§ 5 TVG) oder durch tarifvertragliche Betriebsnormen (§ 3 Abs. 2 TVG)“ mögen an dieser Stelle genügen¹². Das kann aber nicht verwundern, denn dieser Wettbewerb wird systembedingt letztlich nicht gewünscht. Das Kartell kann ja nur bei größtmöglicher Beteiligung und Schutz vor Konkurrenz funktionieren¹³.

9 Siehe nur *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. (2001) S. 846 f.; *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht (1984) S. 181 ff.; *Lieb* (Fn. 8), S. 293; *Wiedemann/Wank*, TVG, 6. Aufl. (1999), Rn. 444; *P. Hanau*, Wege zu einer beschäftigungsorientierten Arbeitsmarktordnung: Spannungsverhältnis Individualvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, FS Wiedemann (2002), S. 283, 308 f.

10 Dazu *Wiedemann*, Individueller und kollektiver Günstigkeitsvergleich, FS Wissmann (2005), S. 185, 187, 189, 191; *Dieterich*, Arbeitsgerichtlicher Schutz, FS Wissmann (2005), S. 114, 121, *Franzen*, Tarifrechtssystem und Gewerkschaftswettbewerb – Überlegungen zur Flexibilisierung des Flächentarifvertrags, RdA 2001, 1, 3.

11 *Wiedemann* (Fn. 10), S. 194; besonderes eindringlich *Dieterich* (Fn. 10), S. 121.

12 *Reuter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung des Arbeitsrechts, FS Wiedemann (2002), S. 449, 450 f.

13 *Reuter* (Fn. 12), S. 475.

4. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

- 14** Dieses hermetisch angelegte Tarifvertragssystem bleibt nicht ohne Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Es geht von einer geschlossenen Volkswirtschaft aus¹⁴, in der das Tarifentgelt, wenn es wie von der Gewerkschaft intendiert über dem markträumenden Preis liegt, von den Unternehmen in ihren Verkaufspreisen übergewälzt werden kann. Im Modell hat es dann keinen negativen Beschäftigungseffekt.
- 15** Im Zeitalter der Globalisierung schlägt der angestrebte Schutz jedoch spätestens dann in sein Gegenteil um und wird für marktschwache Arbeitnehmer zum gravierenden Wettbewerbsnachteil, wenn der Arbeitgeber durch Produktionsverlagerung seinen Arbeitskräftebedarf zu günstigeren Konditionen auf ausländischen Arbeitsmärkten decken kann. Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags sichert dann nur noch den marktstarken Arbeitnehmern den Erhalt des erreichten Tarifniveaus, behindert aber den Marktverbleib und -zutritt für marktschwache Arbeitnehmer, denen eine Konkurrenz durch Unterschreiten des Tarifniveaus ja versagt ist¹⁵. Die gegenwärtig hohe Arbeitslosigkeit wird deshalb – neben zahlreichen anderen selbstverständlich nicht zu vernachlässigenden Faktoren – auch dem deutschen Tarifvertragssystem angelastet¹⁶.

III. Systemanpassungen durch die Tarifvertragsparteien selbst

- 16** Bemühungen der Tarifvertragsparteien, das System den veränderten Rahmenbedingungen anzupassen und es vor allem für den Fall der Unternehmenskrise durch sog. Notfallklauseln für eine Reduzierung des Tarifniveaus zu öffnen, sind nicht zu verkennen¹⁷.
- 17** Zu einer spürbaren Vermeidung oder gar einem Abbau von Arbeitslosigkeit auf breiterer Front wird es dadurch aber nur sehr begrenzt kommen. Denn insbesondere die Gewerkschaften werden schon aus ihrem ureigenen Organisationsinteresse heraus immer darauf achten, den Mitgliedern im Ergebnis mehr zu bieten, als auch ohne Verbandsbeteiligung, also gewissermaßen kostenlos ohnehin am Arbeitsmarkt zu erzielen ist¹⁸. Zudem muß es den Gewerkschaften notwendig ein besonderes

14 Hierzu *Buchner*, Beschäftigungssicherung unter dem Günstigkeitsprinzip, DB 1996, Beil. 12, S. 1, 4 f.

15 Hierzu insb. *Buchner* (Fn. 1), S. 105 ff.

16 S. oben Fn. 1.

17 Zu den vielfältigen Flexibilisierungsbemühungen insbesondere in der Chemieindustrie *Goos*, Die Zukunft der Tarifautonomie – Die reformierten Flächentarifverträge der chemischen Industrie, GS Heinze (2005), S. 259. Zum „Pforzheimer Kompromiß“ vom Februar 2004 zwischen IG Metall und Südwestmetall, der Abweichungen vom Flächentarif über die Abwehr betrieblicher Notlagen hinaus auch zum Erhalt und zur Verbesserung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit sowie der Innovationsbedingungen erlaubt, *Fickinger*, Der organisierte Verzicht, FAZ, Nr. 245 vom 21.10.2005, S. 13. Zum Flexibilisierungspotential durch betriebsnahe innergewerkschaftliche Willensbildung *Lessner* (Fn. 8), S. 285 ff.

18 Dazu *Möschel* (Fn. 5), S. 492.

Anliegen sein, den Flächentarifvertrag gegen Unterbietungswettbewerb zu verteidigen, um einer Erosion des Tarifniveaus zu wehren¹⁹.

Die Tarifvertragsparteien werden also ganz überwiegend eine Flexibilisierung auf Unternehmensebene, die aktiv den tatsächlichen oder vermeintlichen Marktnotwendigkeiten folgt und nicht erst im Fall der Unternehmenskrise reaktiv Beschäftigungshindernisse zurücknimmt, weder betreiben können noch wollen²⁰.

IV. Aufweichung des Systems durch Neuinterpretation seiner gesetzlichen Ausgestaltung

1. Das neu verstandene Günstigkeitsprinzips

Weil sich der Gesetzgeber bislang dieser Problematik nicht angenommen hat, sahen und sehen sich Teile der Wissenschaft herausgefordert, Abhilfe innerhalb des überkommenen Systems, aber an den Tarifvertragsparteien vorbei zu suchen. Ziel ist die Hebung von Flexibilisierungspotentialen, Mittel soll ein Neuverständnis des vorhandenen Normenbestands im Tarifvertragsgesetz sein, um einen gewissen Wettbewerb innerhalb des Tarifvertragssystems zu ermöglichen.

Furore hat dabei insbesondere das „neu verstandene“ Günstigkeitsprinzip gemacht. Hiernach soll bekanntlich in den Günstigkeitsvergleich auch der Erhalt bzw. das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses als „Gegenleistung“ für das Unterschreiten des Tarifniveaus einbezogen werden können. Die strikte Orientierung des Günstigkeitsvergleichs an den tarifvertraglichen Regelungszielen wird hier also aufgegeben und weitgehend zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien gestellt, sofern nur der Grad der Gefährdung des Arbeitsplatzes in die Günstigkeitsbewertung Eingang findet²¹.

Vielen Arbeitgebern kommt dieser Ansatz sehr entgegen, weil er ihnen erlaubt, das Tarifniveau – etwa in einem sog. Bündnis für Arbeit – zu unterschreiten, ohne vorher aus dem Arbeitgeberverband austreten zu müssen. Die Friedenspflicht bleibt ihnen

19 So möchte der Vorsitzende der IG Metall *Peters* Abweichungen vom Flächentarifvertrag nur zulassen, wenn „der Wettbewerb in der Region oder Branche nicht gefährdet“ würde (FAZ, Nr. 245 vom 21.10.2005, S. 13).

20 Vgl. *Buchner* (Fn. 14), S. 5 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 108 ff.

21 Zuerst *Adomeit*, Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden, NJW 1984, 26; danach etwa *Buchner* (Fn. 14), S. 10 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 118 f.; *Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761, 766 ff.; *ders.*, Das Arbeitsrecht zwischen Marktgesetz und Machtansprüchen, ZfA 2005, 353, 381 ff.; *Schliemann*, Tarifliches Günstigkeitsprinzip und Bindung der Rechtsprechung, NZA 2003, 122, 124 ff.; *Rieble* (Fn. 1), S. 52 ff.; *Wiedemann*, Individueller und kollektiver Günstigkeitsvergleich, FS Wissmann (2005), S. 184, 190 f., *Thüsing*, Vom verfassungsrechtlichen Schutz des Günstigkeitsprinzips, GS Heinze (2005), S. 901, 917, 919 f. Auch die Professorenarbeitsgruppe zur Tarifrechtsreform (*Dieterich/P. Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann*), Empfehlungen zur Entwicklung des Tarifvertragsrechts, RdA 2004, 65, 69) plädiert für die Einbeziehung einer Arbeitsplatzgarantie in den Günstigkeitsvergleich. Für eine teilweise Individualisierung der Günstigkeitsbeurteilung aus ökonomischer Sicht *Kordel*, Das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG aus der Sicht der ökonomischen und verhaltenswissenschaftlichen Analyse des Rechts, ZfA 2005, 459.

dann erhalten und die Gewerkschaft kann nicht mit einem Streik zur Durchsetzung eines Haustarifvertrags drohen.

- 22** In letzter Zeit ist in dieser Debatte eine bemerkenswerte Verschiebung der Frontstellung zu konstatieren: Von zunächst nahezu geschlossener Ablehnung, als *Klaus Adomeit*²² vor jetzt schon über 20 Jahren mit diesem Vorschlag überrascht hat, hin zu einer teilweise geradezu pragmatischen Geschmeidigkeit unter Hintanstellung dogmatischer Bedenken angesichts der desolaten Lage auf dem Arbeitsmarkt.

a. Dogmatische Inkonsistenz

- 23** Hinsichtlich der dogmatischen Konsistenz dieses Ansatzes sind indes Zweifel angebracht:
- 24** Zunächst weil hier die Arbeitsplatzsicherheit in den Günstigkeitsvergleich einbezogen werden soll, die aber typischerweise gar nicht Gegenstand des Tarifvertrags ist und schon deshalb mit dem Inhalt arbeitsvertraglicher Vereinbarungen gar nicht verglichen werden kann²³.
- 25** Und weiter, weil solche Abweichungen vom Tarifvertrag nicht justiziabel sind²⁴: Anhand welchen Maßstabs soll ein Arbeitsrichter etwaige Kündigungerschwernisse wägen, die der Arbeitgeber dem auf den Tarifschutz verzichtenden Arbeitnehmer als Gegenleistung eingeräumt hat²⁵?

b. Folge: Beseitigung der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags durch die Hintertür

- 26** Vor allem aber bewirkt die Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips in welcher Spielart auch immer – ob verbunden mit einer „Arbeitsplatzgarantie“ des Arbeitgebers, einer Rückkehroption zum Tarifniveau²⁶ oder schlicht dem arbeitgeberischen Verzicht auf den Ausspruch der Kündigung – letztlich die Preisgabe der zwingenden Wirkung des Tarifvertrages durch die Hintertür. Denn das Hauptziel des Kartells, den Unterbietungswettbewerb zu verhindern, ist dann vereitelt. Bei einer Einstellung zu untertariflichen Bedingungen ist das evident²⁷. Aber auch im bestehenden Arbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber nun mit Änderungskündigungen drohen, wenn der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu verschlechterten Bedingungen dem Arbeitnehmer immer noch vorteilhafter erscheint als die sonst greifende Beendigungskündigung. Mit Günstigkeit im bisher verstandenen Sinn hat das nichts zu tun.

22 Siehe Fn. 21.

23 Hierzu insbesondere *Raab*, Betriebliche Bündnisse für Arbeit – Königsweg aus der Beschäftigungskrise?, *ZfA* 2004, 371, 386 f.

24 Auch dazu *Raab* (Fn. 23), S. 387 f. mit Fn. 52.

25 Das aber verlangt *Schliemann* (Fn. 21), S. 125 ff. dem Arbeitsrichter ab. Ebenso *Picker*, *ZfA* 2005, 353, 381 ff. (Fn. 21).

26 So insb. *Rieble* (Fn. 1), S. 56 f.

27 Daß aus ökonomischer Sicht die Verfügung über tarifvertragliche Arbeitnehmerrechte anlässlich und unmittelbar nach Abschluß eines Arbeitsvertrags überdies dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zuwiderläuft, betont *Kordel* (Fn. 21), S. 476.

Es würde die Diskussion entlasten und für die gebotene Klarheit sorgen, wenn hier offen benannt würde, worum es letztlich geht: um eine Lockerung der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags, um durch eine individualvertragliche Absenkung der Arbeitskosten einen Beitrag zur Sicherung des Arbeitsplatzes leisten zu können²⁸. **27**

2. Unverhältnismäßigkeit der Tarifbindung

Ist damit Klarheit über die eigentliche Stoßrichtung der Reformbemühungen gewonnen, ist erneut zu fragen, ob sich eine solche Öffnung bereits aus dem Tarifvertragssystem in seiner heutigen gesetzlichen Ausprägung herleiten läßt oder ob es dafür einer Intervention des Gesetzgebers bedürfte. **28**

a. Die Grenzen der Selbstbindung durch Verbandsbeitritt

[1] Die prinzipielle Suspendierung der Vertragsautonomie des Arbeitnehmers

Zur Beantwortung dieser Frage empfiehlt sich eine Besinnung auf die privatautonomen Wurzeln des Tarifvertragssystems. Die Tarifbindung muß richtigerweise an die Reichweite der Selbstbindung der Tarifunterworfenen, die durch den Beitritt zur Koalition erfolgt, rückgebunden werden. *Eduard Picker* hat darauf hingewiesen, daß sich die Normwirkung des Tarifvertrags zivilrechtlich plausibel herleiten läßt: Der Arbeitnehmer erteilt seiner Gewerkschaft durch Verbandsbeitritt eine verdrängende Verpflichtungsermächtigung, die – soweit sie reicht – die eigene Vertragsautonomie zugunsten des Verbandes suspendiert²⁹. Dieser Legitimationszusammenhang ist nun gerade für die Bestimmung der Grenzen der Tarifbindung überaus erhellend. Die Gewerkschaft kann, darf und soll mit Wirkung für den Arbeitnehmer mit der Gegenseite kontrahieren, soweit die Verpflichtungsermächtigung reicht, – aber eben auch nicht weiter. Insoweit schuldet der Arbeitnehmer dem Verband und damit seinen Kombattanten zugleich die Unterlassung von Unterbietungswettbewerb, – aber wiederum nur im Rahmen der erteilten Verpflichtungsermächtigung. **29**

[2] Die Grenzen der dem Kartell geschuldeten Solidarität – Keine Inkaufnahme des tarifbedingten Wegfalls des Arbeitsplatzes

Und damit sind wir am entscheidenden Punkt: Die Unterwerfung der Arbeitnehmer unter die Verbandsmacht erfolgt nämlich typischerweise nicht unlimitiert, also ohne Rücksicht auf die Folgewirkungen des Tarifvertrags. Bei lebensnaher Betrachtung erhofft sich der Arbeitnehmer vom Beitritt in die Gewerkschaft eine Verbesserung seiner Marktposition, für die er im Gegenzug durchaus auch Opfer zu bringen bereit ist. Daß diese Selbstbindung aber ggf. auch die wehrlose Duldung des Verlustes des eigenen Arbeitsplatzes umfassen soll, um andernorts das Tarifniveau zu stabilisieren, kann unter den veränderten Rahmenbedingungen nicht mehr ernsthaft angenommen **30**

28 So auch *Raab* (Fn. 23), S. 391.

29 *Picker*, Privatautonomie und Kollektivautonomie – Arbeitsrecht als Freiheitsproblem, in: Symposium Richardi (2003), S. 25, 56 ff.; *ders.*, Die Tarifautonomie am Scheideweg von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Arbeitsleben, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 794, 825 ff.

werden. Vielmehr wird den Kartellbrüdern – entgegen der oben präsentierten Modellvorstellung – nur so lange Solidarität geschuldet, wie die Tarifkonditionen nicht zur Wegrationalisierung des eigenen Arbeitsplatzes führen. Der Schutz, den der Tarifvertrag eigentlich bieten soll, schlägt sonst in sein Gegenteil um.

- 31** Spätestens seitdem die durch die Globalisierung ausgelösten Folgewirkungen für den heimischen Arbeitsmarkt für jedermann sichtbar geworden sind, ist der Zusammenhang von Arbeitskosten und Arbeitsplatzsicherheit allgemein bekannt. Wenn der Tarifvertrag den Marktnotwendigkeiten keine hinreichende Rechnung trägt mit sozusagen tödlichen Folgen für den Tarifunterworfenen, kann von diesem keine Tariftreue mehr eingefordert werden. Das gilt um so mehr, als die ursprüngliche Verheißung des Tarifvertragsmodells ja nicht mehr eingelöst werden kann: Konnte man in besseren Zeiten dem betroffenen Arbeitnehmer noch zurufen: „Ertrage dein Schicksal und stelle dich der allfälligen Marktbereinigung nicht in den Weg; nur so kannst du dafür sorgen, daß du bei deinem neuen Arbeitgeber wieder zu Tarifkonditionen beschäftigt wirst“, so ist genau dieser Zusammenhang bei erodierenden Arbeitsmärkten zerstört. Viele tarifbedingt gekündigte Arbeitnehmer werden gar nicht erst wieder in die Verlegenheit kommen, überhaupt Entgeltverhandlungen mit einem neuen Arbeitgeber zu führen.
- 32** Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, daß beim Einfordern von Solidarität gegenüber dem Verband ohnehin schon deshalb eine gewisse Zurückhaltung angeraten erscheint, weil die Tragweite der Selbstbindung durch Verbandseintritt auch aus einem anderen Grund relativiert ist: Da dem Arbeitnehmer zur Ausübung seiner positiven Koalitionsfreiheit faktisch gar nichts anderes übrig bleibt, als in eine bestimmte Gewerkschaft einzutreten, unterliegen diese Verbände bekanntlich den Restriktionen der Rechtsprechung zu den sog. Monopolverbänden³⁰. Ein Zusammengehen bis zum letzten Blutstropfen kann auch deshalb schwerlich verlangt werden.

[3] Die Suspendierung der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags

- 33** Sind die Grenzen der Selbstbindung überschritten, kann dem Arbeitnehmer nicht mehr verboten werden, einzelvertraglich vom Tarifvertrag abzuweichen. Ihm muß es dann gestattet sein, sein Schicksal wieder selbst in die Hand zu nehmen. Solange der Tarifvertrag die Markterfordernisse so drastisch verfehlt, daß dem betroffenen Arbeitnehmer tarifbedingt eine Beendigungskündigung droht, muß mithin die zwingende Wirkung des Tarifvertrags suspendiert werden³¹. Andernfalls hat § 4 Abs. 1 TVG eine überschießende Wirkung und führt zu einem nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Berufsfreiheit des betroffenen Arbeitnehmers.

30 BGH vom 10.12.1984 - II ZR 91/84, BGHZ 93, 151, 153.

31 Auch *Löwisch*, Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905, 906 und *Belling/Hartmann* (Fn. 7) nehmen die Suspendierung der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags bei Arbeitsplatzgefährdung an. Ihre Konzepte unterscheiden sich aber in Herleitung und Durchführung vom hier vertretenen. So setzt Löwisch, wenn ich ihn richtig verstehe, eine Kündigung der zwingenden Wirkung voraus, und Belling und Hartmann beschränken ihr Konzept auf den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers.

Läßt sich der Arbeitnehmer jetzt auf eine tarifunterschreitende Abmachung mit dem Arbeitgeber ein, ist er der Willkür des Arbeitgebers schon deshalb nicht schutzlos ausgeliefert, weil es ja jedenfalls bei der unmittelbaren Wirkung des Tarifvertrags bleibt. Deshalb muß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schon etwas bieten. Er wird ihm also den Verzicht auf das Tarifentgelt mit Vergünstigungen an anderer Stelle, typischerweise durch Abgabe einer wie auch immer gearteten Arbeitsplatzgarantie abkaufen müssen. **34**

Außerdem ist die zwingende Wirkung des Tarifvertrags nicht notwendig endgültig weggefallen, sondern nur so lange, wie bei Einhalten des Tarifniveaus der Wegfall des Arbeitsplatzes droht. Der Arbeitnehmer kann sich also dann wieder auf den Tarifvertrag berufen, wenn die Voraussetzungen für die sonst drohende Weg-rationalisierung seiner Stelle wieder entfallen sein sollten, – also etwa für den Fall einer veränderten Konkurrenzsituation für den Arbeitgeber oder einer entsprechend nachhaltigen Verbesserung der Geschäftsentwicklung. Die Suspendierung der zwingenden Wirkung enthält damit von vornherein auch eine **Rückkehroption** für den Arbeitnehmer³². **35**

Das eben entwickelte Modell scheint sich im Ergebnis nicht fundamental vom eben noch gezeigten neu verstandenen Günstigkeitsprinzip zu unterscheiden. Das wäre jedoch gar kein Einwand, da mein Hauptanliegen darin besteht, die Durchbrechung der Unabdingbarkeit dogmatisch stimmig herzuleiten und nicht als „Günstigkeit“ zu verbrämen. **36**

Tatsächlich ist jetzt meines Erachtens aber auch inhaltlich für größere Klarheit – und damit ganz im Sinne unseres Rahmenthemas für Transparenz – gesorgt, da die Unterschreitung des Tarifniveaus nur im Falle des tarifbedingten Wegfalls des Arbeitsplatzes in Frage kommt. **37**

Zudem ist damit der wohl drastischste Fall der Schmutzkonkurrenz ausgeschieden, der Unterbietungswettbewerb, um einen Konkurrenten beim Rennen um einen Arbeitsplatz auszustechen. Denn die Grenzen der Tarifbindung sind nicht bereits erreicht, wenn das **Arbeitsverhältnis** verlorengeht oder gar nicht erst zustande kommt, sondern nur wenn der eingerichtete **Arbeitsplatz** ganz wegfällt, weil er zu Tarifkonditionen nicht mehr zu finanzieren ist. Die Unterbietung eines Konkurrenten verstößt nach wie vor gegen die Solidarität, die die Gewerkschaftsmitglieder einander aufgrund ihrer Selbstbindung durch den Verbandsbeitritt schulden. **38**

Und schließlich braucht sich der Arbeitsrichter keine Gedanken mehr über die „Günstigkeit“ der abweichenden Regelung zu machen, da eine Gegenleistung des Arbeitgebers nicht Voraussetzung für die Suspendierung der Unabdingbarkeit ist. **39**

Ich verkenne nicht, daß das eben vorgestellte Konzept das Tarifkartell an einer empfindlichen Stelle trifft. Ein innerbetrieblicher Unterbietungswettbewerb unter den Arbeitnehmern bleibt zwar ausgeschlossen. Kann sich der Arbeitgeber aber durch die Senkung der Arbeitskosten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, werden sich die bei der Konkurrenz beschäftigten Arbeitnehmer womöglich alsbald mit dem Ansinnen **40**

32 So im Ergebnis auch *Belling/Hartmann* (Fn. 31), S. 67.

ihres Arbeitgebers konfrontiert sehen, in ähnlicher Weise Opfer zu bringen. Eine Abwärtsspirale ist damit in Gang gesetzt³³. Diese Spirale dreht sich aufgrund der Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen aber ohnehin bereits, – ich habe darauf hingewiesen. Nur daß bislang die marktschwachen Arbeitnehmer weichen mußten, um das Tarifniveau für marktstarke Kollegen zu sichern. Es ist deshalb an der Zeit, auch den Schwächeren eine Reaktionsmöglichkeit zu eröffnen, wenn ihre berufliche und persönliche Existenz im Kern betroffen ist.

[4] Beweis- und Argumentationslast

[a] Das Verbot der Unverhältnismäßigkeit

- 41** Da der Arbeitnehmer sich ja grundsätzlich der Verbandsmacht unterworfen hat, muß die Gewerkschaft nicht von sich aus darlegen, daß sich die resultierenden Regelungen auch in diesem Rahmen halten. Die Gewerkschaft unterliegt also keinem **Gebot der Verhältnismäßigkeit** der Tarifregelungen, sondern nur einem **Verbot der Unverhältnismäßigkeit**³⁴: Möchte ein Arbeitnehmer in der geschilderten Weise nach unten vom Tarifvertrag abweichen und insoweit die Solidarität zu seiner Gewerkschaft aufkündigen, ist es an ihm, die Unverhältnismäßigkeit der Tarifbindung zu belegen. Aus dem eben Ausgeführten folgt, daß er dieser Argumentationslast³⁵ nur genügt, wenn er die maßgebliche Arbeitsplatzgefährdung auch beweisen bzw. hinreichend plausibel machen kann.

[b] Keine Geltung des Grundsatzes „In dubio pro libertate“

- 42** In Zweifelsfällen bleibt es damit bei der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags. Es gilt also nicht der Grundsatz „*In dubio pro libertate*“.

b. Beteiligung Dritter als Hilfsmittel zur Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit

[1] Schwierigkeiten und Risiken der Feststellung einer Arbeitsplatzgefährdung

- 43** Läßt sich möglicherweise über die eben entwickelte These, daß die Tarifbindung bei einer tarifbedingten Arbeitsplatzgefährdung entfällt, in ihrer erhabenen Abstraktionshöhe noch Einigkeit erzielen, beginnen hier doch erst die eigentlichen Probleme. Denn wie soll der drohende Wegfall des Arbeitsplatzes im konkreten Einzelfall festgestellt werden? An diesem neuralgischen Punkt hängt die praktische Tauglichkeit des ganzen Ansatzes.

33 Anschaulich zu dem dadurch ausgelösten Dominoeffekt *Faigle/Sauga*, *Büchse der Padorra*, *Der Spiegel*, Nr. 42 vom 17.10.2005, S. 106.

34 Zu dieser Unterscheidung *H. Hanau*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht* (2004), S. 106 ff.

35 Im Unterschied zur Beweislast, die sich auf die Feststellung von Tatsachen bezieht, geht es bei der Argumentationslast um die Bewertung von Tatsachen. Zu dieser Differenzierung *Krebs*, *Die Begründungslast*, *AcP* 195 (1995), 171.

Dem interessierten Arbeitgeber bietet sich hier naturgemäß ein enormes Mißbrauchspotential. Er kann das Rationalisierungsbedürfnis etwa nur behaupten. Aber auch wenn es nicht nur vorgeschoben ist, können die Meinungen darüber, ob, wie weit und zu welchem Zeitpunkt hieraus auch Konsequenzen erwachsen müssen, weit auseinandergehen. Hierfür ein subsumtionsfähiges materielles Kriterium zu finden dürfte außerordentlich schwer fallen. **44**

Aber selbst wenn insoweit eine Verständigung im Grundsatz möglich sein sollte, ist damit für die Praxis noch nicht viel gewonnen. Denn falls es darüber zum Streit mit der Gewerkschaft – ggf. durch mehrere Gerichtsinstanzen – kommt, wird ein vorsichtiger Arbeitgeber vom Versuch, die Arbeitskosten durch Vereinbarungen mit seinen Arbeitnehmern zu senken, lieber Abstand nehmen und sich anderweitig behelfen. Sollten solche Maßnahmen aber, wie behauptet, tatsächlich erforderlich gewesen sein, dürfte die letztinstanzliche Feststellung der tarifbedingten Arbeitsplatzgefährdung von der Realität bereits überholt worden sein³⁶. **45**

[2] Zustimmung des Betriebsrat und/oder der Belegschaft als Indiz für das Vorliegen einer Arbeitsplatzgefährdung?

An dieser Stelle könnten sich nun die Gesetzesentwürfe als hilfreich erweisen, die die Zulässigkeit von tarifvertragswidrigen Vereinbarungen von der Zustimmung des Betriebsrats und/oder einer qualifizierten Mehrheit der Belegschaft abhängig machen möchten. Zur Ermöglichung sog. Bündnisse für Arbeit und gemünzt auf das neue Verständnis des Günstigkeitsprinzips möchte die CDU/CSU § 4 Abs. 3 TVG dahingehend ergänzen, daß eine abweichende Vereinbarung dann als günstiger für den Arbeitnehmer gelten soll, wenn der Betriebsrat und die Belegschaft mit Zweidrittel-Mehrheit einer solchen Abweichung zustimmen³⁷. **46**

Daß es hier recht besehen nicht um Günstigkeit geht, haben wir ja schon festgestellt. Zur Ermittlung der Grenzen der Tarifbindung könnte dieser Ansatz gleichwohl taugen. Denn wenn der Betriebsrat als Sachwalter der Belegschaftsinteressen und die Belegschaft selbst in ihrer großen Mehrheit hinreichenden Anlaß sehen, das Tarifniveau zur Disposition zu stellen, ist das zumindest ein handfestes **Indiz** für eine triftige Gefährdung der Arbeitsplätze³⁸. **47**

[a] Die Rolle des Betriebsrats

Dabei ist zu unterscheiden: Die Zustimmung des Betriebsrats sollte nicht zur Voraussetzung gemacht werden³⁹. Natürlich ist seine Unterstützung ein wichtiger **48**

36 So im Ergebnis auch *Rieble* (Fn. 1), S. 38.

37 BTDrucks. 15/1182, S. 5.

38 Ähnlich *Rieble* (Fn. 1), S. 63; *Thüsing* (Fn. 21), S. 919 f.; *Konzen* (Fn. 6), S. 919; *Kort*, Kündigungserschwerungen gegen Lohnverzicht in „Bündnissen für Arbeit“, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 753, 771; *Hromadka*, Mehr Flexibilität für die Betriebe, NZA 1996, 1233, 1239; *Wolf*, Tarifliche und gesetzliche Öffnungsklauseln für Tarifverträge im Spannungsfeld von positiver und negativer Koalitionsfreiheit, GS Heinze (2005), S. 1095, 1108 (Belegschaft nur hilfweise); auch schon *Adomeit* (Fn. 21), S. 27. Zum Sachverstand von Belegschaft und Betriebsrat *Heise*, Günstigkeitsprinzip und betriebliche Bündnisse für Arbeit, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 657, 674

39 So auch *Rieble* (Fn. 1), S. 54 f.

Fingerzeig für die Dringlichkeit des Anliegens. Denn typischerweise kann der Betriebsrat besser als die meisten Arbeitnehmer beurteilen, ob und inwieweit die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers eine Reduzierung der Arbeitskosten erforderlich machen. Und ein verständiger Betriebsrat wird einem solchen Ansinnen auch nur zustimmen, wenn er von der Dringlichkeit und Angemessenheit der Maßnahmen überzeugt ist⁴⁰.

- 49** Gleichwohl scheint es mir problematisch, ausgerechnet den Betriebsrat als Schaltstelle zur Beseitigung der Tarifbindung zu installieren. Zum einen ist die Konkurrenz von Tarif- und Betriebsautonomie – auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten – ohnehin heikel, und zum anderen ist auf die Objektivität des Betriebsrats eben doch nicht immer Verlaß. Seine Unabhängigkeit ist zwar institutionell gesichert, im Einzelfall kann der Betriebsrat aber durchaus eine zu große Nähe zum Arbeitgeber oder zur Gewerkschaft aufweisen oder aber die Interessen bestimmter Teile der Belegschaft vernachlässigen.
- 50** Ein engagierter Betriebsrat wird sich ohnehin am Zustandekommen eines Bündnisses für Arbeit beteiligen, die Verhandlungen mit dem Arbeitgeber führen und die Meinungsbildung unter den Arbeitnehmern betreiben. Vor allem kann er das Verhandlungsergebnis mit dem Arbeitgeber in einer Regelungsabrede fixieren⁴¹ und damit das Feld für eine individualrechtliche Umsetzung bereiten.

[b] Die Belegschaftswahl

- 51** Letztlich entscheidend, um das Vorliegen einer Arbeitsplatzgefährdung einschätzen zu können, scheint mir hingegen das Votum der Belegschaft zu sein. Das klingt zunächst überraschend. Wie soll man denn über eine Tatsache abstimmen?

Bei genauerer Analyse erweist sich dieses Erfordernis jedoch als durchaus hilfreich.

Weiterführende Aspekte

- 52** Wird der einzelne Arbeitnehmer mit einem Änderungsbegehren des Arbeitgebers konfrontiert, steht er vor dem oben beschriebenen Einschätzungsdilemma. Zudem fühlt er sich alleine dem Arbeitgeber unterlegen. Er befindet sich genau in dem Zustand, aus dem er sich durch den Beitritt zur Gewerkschaft ja eigentlich befreien wollte. Die Abstimmung mit und unter den Arbeitskollegen eröffnet nun die Möglichkeit, die erhaltenen Informationen zu diskutieren und die eigene Einschätzung mit der der anderen abzuwägen. Der abstimmende Arbeitnehmer befindet sich jetzt wieder in der Geborgenheit einer Gruppe und kann sich so gegen Druck des Arbeitgebers zur Wehr setzen.
- 53** Am Ende dieses Prozesses steht dann im Idealfall die geronnene praktische Vernunft: Wenn die ganz überwiegende Mehrheit Änderungsbedarf sieht und dafür sogar bereit ist, nicht unerhebliche Opfer zu bringen, spricht die Lebenserfahrung

40 *Raab* (Fn. 23), S. 397.

41 So auch *Belling/Hartmann*, (Fn. 7), S. 67; *Buchner* (Fn. 1), S. 119; *Wolf* (Fn. 38), S. 1107; *P. Hanau* (Fn. 9), S. 304.

für ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit, daß das Vorbringen des Arbeitgebers hinreichend substantiiert ist. Das wird hier durch die List des Arrangements sogar noch in besonderer Weise befördert: Da der Arbeitnehmer im Regelfall noch nicht wissen kann, wer genau im Falle der drohenden Rationalisierung seinen Arbeitsplatz verlieren würde, nimmt er bei der Abstimmung notgedrungen einen weitgehend neutralen und nicht vom eigenen Egoismus dominierten Standpunkt ein. Da er somit damit rechnen muß, auch vom Arbeitsplätzeabbau betroffen zu sein, wird er deshalb – frei nach *John Rawls*⁴² – durch den berühmten Schleier des Nichtwissens (*veil of ignorance*) hindurch für die Lösung votieren, die Kündigungen am besten vorbeugt⁴³.

Natürlich besteht hier wie bei jeder Abstimmung die Gefahr der Majorisierung einer Minderheit (besonders pikant, wenn die Außenseiter über die Tarifgebundenen triumphieren). Das ist aber insofern unproblematisch, als ja damit nur die Tarifbindung ausgesetzt wird. Eine Änderung der Arbeitsbedingungen kommt erst zustande, wenn die betroffenen Arbeitnehmer vertraglich zustimmen. Ein überstimmter und auf seiner Meinung beharrender Arbeitnehmer kann sich dann hier immer noch verweigern. **54**

Wenn die Abstimmung innerhalb der Belegschaft letztlich das entscheidende Kriterium ist, um eine Suspendierung der Tarifbindung annehmen zu können, und wenn die darauf fußende Änderung der Arbeitsverträge dann koordiniert erfolgt, ließe sich in der dergestalt formierten Gruppe wiederum ein **Kartell** sehen, hier also ein **Gegenkartell** – gegen unsubstantiierte Änderungsbegehren des Arbeitgebers oder ggf. gegen die Ignoranz der überbetrieblichen Gewerkschaft. Dieser Charakter wird durch die Bezeichnung „Bündnis für Arbeit“ ja schon insinuiert. Indem eine solche Ad hoc-Koalition die Tarifbindung im Betrieb als Akt kollektiven Ungehorsams gewissermaßen abwählt, kann sie einen Wettbewerb mit den Tarifkonditionen eröffnen. Dieser Wettbewerb muß nun keineswegs in eine Konfrontation mit der Gewerkschaft münden, sondern könnte sie im Gegenteil dazu bringen, sich an die Spitze der Bewegung zu setzen und einen differenzierenden Haustarifvertrag mit dem Arbeitgeber abzuschließen. Dann wäre das überkommene Tarifvertragssystem nicht überwunden, sondern sinnvoll ergänzt. **55**

Ungelöste Fragen

Auf der anderen Seite zöge das Anknüpfen an den Belegschaftswillen allerdings eine Reihe von bislang völlig ungelösten Folgeproblemen nach sich. **56**

- So wäre zu klären, wer die Belegschaftswahl **ausrichtet** und welche Wahlregeln dabei einzuhalten sind.
- Weiter ist zu fragen, ob immer die **ganze** Belegschaft konsultiert werden muß oder ob im Einzelfall auch ein Teil der Belegschaft als Referenzgruppe ausreicht.

42 Eine Theorie der Gerechtigkeit, 7. Aufl. (1993), S. 159 ff.

43 Zum Kollektivbezug einer solchen Vereinbarung *Raab* (Fn. 23), S. 387.

- Wie hat man sich den der „Belegschaftswahl“ unverweigerlich vorausgehenden „**Wahlkampf**“ vorzustellen? Die Gewerkschaft, deren Einfluß ja beschnitten werden soll, wird man davon nicht ausschließen können. Wenn sie sich ggf. sogar mit einem Unterlassungsanspruch wehren kann⁴⁴, wird sie im Vorfeld einer „Abstimmung über die Tarifbindung“ hinreichende Gelegenheit erhalten müssen, für die Angemessenheit des von ihr geschlossenen Tarifvertrags zu werben.
 - Weiter muß man sich Gedanken darüber machen, wie **Mißbrauchsfälle** erkannt und ausgeschlossen werden können, denn im Einzelfall kann natürlich ein geschickt inszeniertes „Spiel mit der Angst“ die Arbeitnehmer zu überzogenen Opfern veranlassen⁴⁵.
 - Und schließlich muß auch hier die oben⁴⁶ beschriebene **Rückkehroption** zur Anwendung kommen können, falls das Erfordernis einer Kostensenkung zwischenzeitlich wieder entfallen sollte: Wenn man die Feststellung der Arbeitsplatzgefährdung indiziell an eine Abstimmung bindet, wird man bei der Feststellung des Gegenteils kaum anders verfahren können. Aber wann und unter welchen Voraussetzungen muß dann eine solche Abstimmung erfolgen? Muß sie in einem bestimmten Turnus neu angesetzt werden, etwa jährlich (das wird die Attraktivität eines betrieblichen Bündnisses kaum steigern)? Oder muß die „Neuwahl“ erst oder bereits erfolgen, wenn sie von einem bestimmten Belegschaftsquorum verlangt wird?
- 57** Das alles ist reichlich kompliziert und dürfte im übrigen erhebliche Unruhe in die Betriebe tragen. In gewisser Weise bekämen wir dadurch amerikanische Verhältnisse, die sich bekanntlich dadurch auszeichnen, daß sich die jeweilige *bargaining unit* ihren Repräsentanten wählt, dessen Normsetzung sie dann unterfällt⁴⁷. Das Modell käme hier allerdings in umgekehrter Ausprägung zur Anwendung: Unsere *bargaining unit* könnte dann den Repräsentanten (zumindest zeitweilig) **abwählen**.
- 58** Solch ein Paradigmenwechsel will gut überlegt sein. Folgt man dem hier entwickelten Ansatz, daß unverhältnismäßige Belastungen die zwingende Wirkung des Tarifvertrags *ipso jure* entfallen lassen, wäre er sogar bereits *de lege lata* möglich.
- 59** Ob er zur Transparenz im Arbeitsrecht beiträgt, ist jedenfalls sehr fraglich. Im Vergleich zum neu verstandenen Günstigkeitsprinzip ist der Transparenzgewinn allerdings beträchtlich.

V. Reform durch gesetzliche Neuregelung – Ermöglichung von Außenseiterwettbewerb

- 60** Haben sich die Versuche, das Tarifvertragssystem durch Neuinterpretation von innen her aufzuweichen, damit als fragwürdig erwiesen, erscheint es allemal vorzugs-

44 Fn. 3.

45 Hierzu *Raab* (Fn. 23), S. 398.

46 Bei Fn. 32.

47 Dazu *Reuter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1, 10 f.

würdig, statt dessen den **Wettbewerb außerhalb und mit dem Tarifvertragssystem** zu fördern. Hierzu bedarf es verschiedener gesetzgeberischer Maßnahmen, die dem neuen Bundestag hiermit ans Herz gelegt seien⁴⁸.

Ich komme damit zu den kürzlich von *Wernhard Möschel* so apostrophierten „üblichen Reformverdächtigen“⁴⁹. Diese Einschätzung wird der Bedeutung dieser Fragen natürlich nicht gerecht, erlaubt es mir aber, mich kurz zu fassen.

1. Begrenzung der Fortgeltung gem. § 3 Abs. 3 TVG auf ein Jahr

Wenn die Tarifbindung nicht bereits aufgrund einer Arbeitsplatzgefährdung abgestreift werden kann, muß der Ausstieg aus der Tarifbindung auf andere Art erleichtert werden. Die Fortgeltung gem. § 3 Abs. 3 TVG sollte deshalb, wie ja von einigen Stimmen bereits gefordert⁵⁰, auf ein Jahr nach Ende der Verbandsmitgliedschaft begrenzt werden, – sofern der Tarifvertrag nicht ohnehin bereits zu einem früheren Zeitpunkt endet. Mit dieser Änderung würde insbesondere der Arbeitgeber über ein erhebliches Flexibilisierungspotential verfügen, mit dem die meisten Problemfälle bereits erfaßt sein dürften. Will sich der Arbeitgeber den Verbandsvorgaben nicht mehr beugen und sich eigene Gestaltungsmöglichkeiten im untertariflichen Bereich erschließen, muß und kann er dann eben den Verband verlassen⁵¹.

Dieser Austritt lohnt sich nur, wenn sich der Arbeitgeber vorher mit seinen Arbeitnehmern über eine Senkung der Arbeitskosten verständigt hat. Denn sonst läuft er Gefahr, nach Ablauf von Tarifbindung und Friedenspflicht von der Gewerkschaft in einen Haustarifvertrag gezwungen zu werden. Aufgrund der Gesetzesänderung könnten also künftig – völlig gesetzeskonform – Bündnisse für Arbeit vereinbart werden, die nach einem Jahr greifen. Für eine vorausschauende Lohnpolitik sollte diese zeitliche Streckung kein Hindernis sein.

Eine völlige Abschaffung der Fortgeltung kommt m.E. nicht in Betracht. Wenigstens ein Minimum an Tariftreue muß gewährleistet sein, um das Tarifvertragssystem funktionsfähig zu erhalten.

2. Beschränkung von § 3 Abs. 2 TVG auf Solidar- und Ordnungsnormen

Der Außenseiterwettbewerb sollte weiter durch eine Beschneidung der Möglichkeiten, die Tarifbindung auch auf Außenseiter zu erstrecken, erleichtert werden.

48 Zum hohen verfassungsrechtlichen Rang der Beschäftigungsförderung *Höfling/Burkiczak*, NJW 2005, 469; *Steiner*, NZA 2005, 657.

49 A.a.O. (Fn. 5), S. 493.

50 *Konzen* (Fn. 6), S. 920; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 469, Rn. 1557; *Professorenarbeitsgruppe* (Fn. 21), S. 76.

51 Dazu, daß es sich beim Verbandsaustritt um die eigentlich systemkonforme Voraussetzung für ein Abweichen von zwingenden tariflichen Regelungen handelt, *Franzen* (Fn. 10), S. 4 f.; *P. Hanau* (Fn. 9), S. 292 ff.

- 65** Betriebsnormen gem. § 3 Abs. 2 TVG sollten deshalb strikt auf wirklich überindividuelle, im Arbeitsvertrag schlechterdings nicht regelbare Gegenstände, also auf **Solidarnormen**, die Einrichtungen zugunsten der ganzen Belegschaft einführen oder ausgestalten, und **Ordnungsnormen**, die der Sicherheit und Ordnung im Betrieb dienen, beschränkt werden⁵². Eine Erstreckung auf materielle Arbeitsbedingungen scheidet damit schon im Ansatz aus.

3. Beschränkung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung gem. § 5 TVG

- 66** Analog hierzu sollte auch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung im wesentlichen – sofern sie nicht als Ersatz für einen staatlichen Mindestlohn erhalten muß⁵³ – auf die Gewährleistung gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien beschränkt werden.

4. Keine gesetzlichen Öffnungsklauseln zugunsten von Betriebsvereinbarungen

- 67** Keinen Reformbeitrag leisten können gesetzliche Öffnungsklauseln zugunsten von unmittelbar tarifenkenden Betriebsvereinbarungen, wie sie etwa die CDU als § 88a BetrVG vorgeschlagen hat⁵⁴. Denn sie sind schlicht verfassungswidrig.
- 68** Man kann schon Zweifel haben, ob sie nicht bereits gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen, weil sie den Betriebsparteien im Kernbereich der Tarifautonomie erlauben sollen, das Tarifniveau zu unterschreiten. Den Betriebsrat zum Reparaturbetrieb der Tarifautonomie zu promovieren ist in Hinblick auf das Bestandsinteresse der Koalitionen äußerst heikel⁵⁵.
- 69** Aber auch wenn man annimmt, daß der Koalitionsschutz jedenfalls in den Fällen nicht mehr greifen kann, in denen die Tarifbindung infolge des Mehrheitsvotums der Belegschaft suspendiert worden ist, ändert das nichts am Verdikt. Denn unabhängig davon haben die Betriebsparteien – außer in den Fällen zwingender Mitbestimmungsrechte – keine Kompetenz, in den zentralen Regelungsbereich des Arbeitsverhältnisses einzugreifen. Vereinbarungen über das Entgelt sind ausschließlich Angelegenheiten der Arbeitsvertragsparteien bzw. der Tarifvertragsparteien in Ausübung kollektiver Privatautonomie. Bei Wegfall der Tarifsperrung muß deshalb insofern das Günstigkeitsprinzip gelten – wohlgemerkt in klassischer Ausprägung⁵⁶. Eine Mißachtung dieses Grundsatzes bewirkt einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Individualautonomie der betroffenen Arbeitnehmer und damit in ihre Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG.

52 Zu diesen Fallgruppen *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 4. Aufl. (2004), Rn. 506.

53 Hierzu *Professorenarbeitsgruppe* (Fn. 21), S. 74.

54 BTDrucks. 15/1182, S. 6.

55 Vgl. *Professorenarbeitsgruppe* (Fn. 21), S. 70.

56 So auch im Ergebnis *Franzen* (Fn. 10), S. 3 f.; *Raab* (Fn. 23), S. 399 ff.; *Wolf* (Fn. 38), S. 1103 ff.; *Wiedemann* (Fn. 21), S. 187 f.; *Möschel* (Fn. 5), S. 493.

Es ist auch in der Sache kein Grund ersichtlich, die Arbeitnehmer derart zwangszubeglücken. Wenn sie sich einer vertraglichen, also freiwilligen Umgestaltung verweigern, müssen sie eben ggf. – wenn denn das Anliegen des Arbeitgebers berechtigt und nicht nur vorgeschoben war – die Konsequenzen in Gestalt des Wegfalls ihres Arbeitsplatzes tragen. **70**

VI. Zusammenfassung

Ich fasse die Ergebnisse zusammen:

Eine Reform des Tarifvertragssystems kann auf zweierlei Arten erfolgen: Durch Neuinterpretation oder gesetzgeberische Neuregelung. **71**

Ein **Neuverständnis** der gegebenen gesetzlichen Ausgestaltung im Tarifvertragsgesetz mit dem Ziel, die Tarifbindung bei einer tarifbedingten Arbeitsplatzgefährdung entfallen zu lassen, läßt sich zwar bei Berücksichtigung der veränderten Rahmenbedingungen argumentativ herleiten. Ein solches Konzept ist aber mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung und damit für die Beteiligten mit einem deutlichen Verlust an Rechtssicherheit verbunden. **72**

Vorzugswürdig und der Transparenz im Arbeitsrecht sehr viel förderlicher ist deshalb eine teilweise **Neuregelung** des Tarifvertragsgesetzes, um einen effektiven Außenseiterwettbewerb zu ermöglichen. Hierfür muß die Möglichkeit zur Erstreckung der Tarifbindung auf Außenseiter beschnitten und der Ausstieg aus der Tarifbindung erleichtert werden. **73**

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble:

- 74** Ich habe eine Nachfrage: Der § 88a BetrVG der CDU im ursprünglichen Entwurf, also jetzt nicht durch dieses komische Regierungsprogramm, das keins mehr ist, modifiziert, sah ja vor, daß die Tarifparteien dem Ding ihre Zustimmung verweigern können, dann ist es weg. Dann würde ich sagen, hätte ich kein verfassungsrechtliches Problem, weil das eine nachträgliche Öffnung zwar nicht durch ergänzende tarifliche Öffnungsklausel, aber durch Zustimmung ist. Außerdem ist die privatautonome Legitimation bei den Arbeitnehmern nicht betroffen. Die Tarifparteien legitimieren durch Schweigen. Da sind wir uns doch, glaub ich, im Prinzip einig.

Privatdozent Dr. Hans Hanau, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 75** Da kann man immer nur streiten, ob das Optionsmodell angemessen ist. Die sollten dann ja ein Veto einlegen können.

Volker Rieble:

- 76** Ja, eine Schweigelast, so wie wir es im BGB ja vielfach haben. Denken Sie an die §§ 516, 416 BGB.

Hans Hanau:

- 77** Da hätte ich keine Probleme.

Volker Rieble:

- 78** Gut, damit ist das dann schon einmal ausgeräumt. Dann, was mir sehr interessant schien, ist diese Erweiterung des Außenseiterwettbewerbs. Der bleibt aber natürlich ganz zentral bei Ihnen beschränkt auf den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber gewinnt Spielräume. Er kann schneller den Tarifvertrag abstreifen. Der Arbeitgeber kann mit seinen Nichtorganisierten etwas anderes machen als mit den Tarifgebundenen, wenn wir die Betriebsnorm zurückstreifen, die AVE weghauen, dann ist er sozusagen verstärkt. Aber wo bleibt der Außenseiterwettbewerb der tariffreien Arbeitnehmer, die gerne Außenseiter genannt werden? Die sind nämlich in Ihrem Modell ohne Vertragsmacht, weil kein Arbeitgeber einen gewerkschaftsfreien Arbeitnehmer einstellt, der zusagt, nicht in die Gewerkschaft zu gehen, denn das kann er nicht verbindlich versprechen. Dann wird er eingestellt, und sobald der Kündigungsschutz greift, tritt er ein und hat dann das höhere Lohnniveau. Und sonst ist er ja tarifvertragssystematisch vollkommen benachteiligt. Er kann kein verbindliches Versprechen abgeben.

Hans Hanau:

Ja, das ist ein Dilemma. Da habe ich lange darüber nachgedacht und ein bißchen auch gekniffen. Das kann ich gerne zugeben. Ich hatte ursprünglich gedacht, ich mache das so: Begrenzung der Fortgeltung gemäß § 3 Abs. 3 TVG auf ein Jahr und analog dazu greift die Tarifbindung auch erst nach einem Jahr. Das paßt ja ganz gut zu der verdrängenden Verpflichtungsermächtigung, die ja genau genommen zivilrechtsdogmatisch auch nicht gleich greift, sondern erst bei Abschluß des nächsten Tarifvertrages. Ich war aber nicht sicher, ob man dann nicht das Kind mit dem Bade ausschüttet, d.h. ob es da nicht gewaltige Mitnahmeeffekte gibt. Man kann das natürlich so machen, aber man rasiert es sozusagen weg für alle. Nicht nur für die Armen, die sich jetzt hier untertariflich anbieten müssen, sondern schlechterdings. Und das war mir so letztlich doch zu weitgehend. **79**

Und der zweite Punkt: Was man auch machen kann, ist das, was die CDU ja auch vorgeschlagen hat, daß man Einstiegs Klauseln für Langzeitarbeitslose hineinschreibt in das Gesetz. Als § 4 Abs. 2a TVG haben sie es, glaube ich, vorgeschlagen. *Martin Franzen* hat dazu gerade gesagt, wir haben uns neulich darüber unterhalten, die Regelung sei so häßlich, die versteckt man lieber im SGB III, da paßt das besser hin. Also, wie auch immer, solche Experimentierklauseln einzubauen, um da etwas zu machen, das ist sicher möglich.

Dr. Andrea Nicolai, Rechtsanwältin:

Ja, meine Frage geht eigentlich in die gleiche Richtung. Es geht um die individuellen Vereinbarungen bzw. die neue Interpretation des Günstigkeitsprinzips. Die Zielsetzung, die damit verfolgt wird, ist ja vor allen Dingen, daß man Absprachen, die derzeit schon in breitem Raum da und derzeit illegal sind, aus der Illegalität rausholt und legal macht. Mit der Lösung, die jetzt hier vorgeschlagen wurde, habe ich ein Problem. Die funktioniert dann, wenn die Gewerkschaft den Arbeitnehmer, also ihr Mitglied, verklagt und wenn man dann sagt, der Arbeitnehmer trägt die Argumentationslast dafür, daß er vom Tarifvertrag abweichen durfte. Nur, solche Konstellationen sind ja relativ selten. Normalerweise wird der Arbeitgeber verklagt, und dann wird der Arbeitnehmer klagen und sagen, ich will den höheren Lohn und dann wird der Arbeitnehmer nicht mehr die Argumentationslast dafür tragen wollen, daß die Abweichung praktisch für ihn unabdingbar war, also nach unten. Das ist die eine Konstellation. Die Gewerkschaft kann derzeit jedenfalls noch nicht gegen den Arbeitgeber vorgehen, wenn ich das richtig sehe. Ich denke, man erreicht durch diesen Lösungsvorschlag nicht das Ziel, diese derzeit illegalen Vereinbarungen aus der Illegalität rauszuholen und sie sicher zu machen. **80**

Der zweite Punkt ist eine eher klarstellende Frage. Das habe ich nicht ganz verstanden, wenn jetzt so eine Art Tauschvertrag stattfindet in der Art: Ich verzichte auf einen Teil meines Entgelts und bekomme dafür z.B. eine zweijährige Arbeitsplatzgarantie. Soll das auf jeden Fall Bestand haben oder soll, wenn die Gefahr des Arbeitsplatzwegfalls gebannt wird, diese Vereinbarung ebenfalls hinfällig werden? Und wenn ja, wie? Automatisch über das Bedingungsrecht oder Berufung auf den

Wegfall der Geschäftsgrundlage? Und soll die Vereinbarung, wenn die Gefahr des Wegfalls des Arbeitsplatzes entfällt, nur bei dauerndem Verzicht untergehen? Das habe ich nicht so ganz verstanden. Beim letzten Punkt, der Begrenzung der Fortgeltung nach § 3 Abs. 3 TVG, stellt sich dann für mich die Frage: Was gilt dann danach? Und danach kann eigentlich nur, und das ist ja nun auch derzeitige BAG Rechtsprechung, die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG kommen. Das macht die Situation nicht unbedingt besser, vor allen Dingen kann man dann eigentlich nur noch Individualvereinbarungen schließen, aber keine Betriebsvereinbarung, weil man ja noch den § 77 Satz 3 BetrVG davor hat. Von daher weiß ich nicht, ob tatsächlich die Begrenzung der Fortgeltung nach § 3 Abs. 3 TVG ein wirklicher Fortschritt wäre.

Hans Hanau:

- 81** Also, um hinten anzufangen, ich habe darauf hingewiesen, daß der Austritt aus dem Verband ja ohnehin nur Sinn hat, wenn ich mich vorher mit meiner Belegschaft abspreche. Sonst werde ich ja sozusagen in die wilde Freiheit entlassen und muß ohnehin ggf. mit einem Haustarifvertrag rechnen. D.h., ich werde mir das vorher gut überlegen, und wenn das so ist, wenn ich mich mit meinem Arbeitnehmer über eine Änderung verständigt habe, dann habe ich mit § 4 Abs. 5 TVG auch keine Probleme. Das wäre dann in dem System faktisch kein Problem.

Dann zum Unterlassungsanspruch: Nach der Rechtsprechung des BAG hat die Gewerkschaft bislang sehr wohl einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber bei diesen berühmten kollektiven Tatbeständen. Und darum ging es mir ja auch. Die Abstimmung, die da stattfindet, ist ja genau auf diese kollektiven Tatbestände bezogen. Also es ist nicht so, daß so was bisher nicht stattgefunden hätte.

Andrea Nicolai:

- 82** Wenn die Gewerkschaft den Arbeitgeber verklagt und der Arbeitnehmer soll die Argumentationslast tragen, das steht ja auch hier drin, ist das ja im Grunde genommen Darlegungslast. Wie mach ich das dann als Arbeitgeber? Muß ich einen Streik verkünden? Muß ich in irgendeiner Form den Arbeitnehmer miteinbeziehen? Reicht es, wenn ich ihn als Zeugen benenne? Also, wenn mir im Verfahren Gewerkschaft gegen Arbeitgeber sind. Wie soll das aber funktionieren? Ich glaube im übrigen immer noch nicht, daß es einen Unterlassungsanspruch gegen tarifwidrige Einzelvereinbarungen gibt.

Hans Hanau:

- 83** Das sind ja auch keine tarifwidrigen Einzelvereinbarungen, sondern, und das habe ich versucht hier zu entwickeln, es handelt sich um ein kollektives Modell. Man stimmt vorher ab, suspendiert dadurch die Tarifbindung, und auf dieser Basis können dann koordiniert, auf Grund einer Regelungsabrede etwa, vertragliche Vereinbarungen erfolgen. Und was die kollektive Verdrängung betrifft, das habe ich

ausführlich vorgetragen. Aber ich habe mich ja gerade von dem neuen Günstigkeitsprinzip abgegrenzt und gesagt, daß das nur auf Basis dieser „Volksabstimmung“ geht. Sonst eben nicht. Das indiziert der Wegfall der Tarifbindung.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Ich hab erhebliche Sympathie in vielem. Ich habe aber auch erhebliche Zweifel in vielem und die möchte ich ganz kurz zusammenfassen. Ich glaube, daß die 84
privatautonome Fundierung unserer Tarifautonomie oder des Tarifvertragswesens in der Tat notwendig ist. Ich glaub nur, daß dazu die Grundthese, vor allem, wenn es um die Verhinderung von Schmutzkonkurrenz geht, überhaupt nicht paßt. Es geht zunächst einmal darum, daß ich mich stärker machen darf und nicht um Wettbewerb auf diese Art und Weise zu verhindern. Ich glaube, daß diese Grundthese auch den Weg dazu verbaut, das etwa eben doch evtl. innerhalb des Günstigkeitsprinzips zu machen, was ohne weiteres möglich ist. Das hat überhaupt nichts mit Äpfel und Birnen zu tun, weil wir selbstverständlich auch die Arbeitsplatzsicherheit, in irgendeiner Form jedenfalls immer, mittelbar etwa über der Kündigungsschutzregelung auch in Tarifverträgen natürlich zum Gegenstand des Tarifvertrags gemacht haben. Außerdem entspricht das dann eben auch der Privatautonomie, wenn ich sage, daß das zum Gegenstand der Regelung gemacht werden kann.

Der praktische Vorteil ist, wenn wir es über das Günstigkeitsprinzip machen, daß wir einen Maßstab auch für die Frage haben, inwieweit ein Abweichen jetzt angemessen ist. Da kommt es dann sozusagen zum Schwure bei der Frage, ob wir uns noch innerhalb des Synallagmas halten. Das ist das, was eben Herr *Picker* auch macht oder Herr *Schliemann*. Ich glaube, das fehlt in Deinem Konzept, *Hans*, daß Du da keine Grenze oder auch gar keinen Maßstab nennen kannst. Aber das ist vielleicht auch nur Geplänkel, weil man sich da in der Grundlage ja doch einig ist. Wo man es dann anknüpft, darüber kann man möglicherweise streiten. Wo ich erhebliche Bedenken habe, gerade bei dem Ausgangspunkt, ist, daß wir die Möglichkeit zu privatautonomen, also einzelvertraglichem Abweichen dann doch wieder abhängig machen von einer kollektiven Entscheidung. Daß das nicht der Betriebsrat sein kann, ist sonnenklar. Denn der entscheidet ja möglicherweise auch aus rein politischen Erwägungen, je nachdem, wie gut er wiederum von der Gewerkschaft geschult ist. Also, da gehen wir mit Sicherheit konform. Warum das aber eine Belegschaftsabstimmung sein muß, wo es doch gerade darum geht, dem Einzelnen, nach seiner Einschätzung zu ermöglichen, seinen Arbeitsplatz zu retten. Da verstehe ich überhaupt nicht, warum der jetzt wiederum von einer Gesamtabstimmung abhängig sein sollte. Das Problem, das wir hier haben, und das war doch auch der Ausgangspunkt, ist doch ganz eindeutig ein reines Erkenntnisproblem. Wir wissen nicht, lügt der mich an oder lügt der mich nicht an? Und da gibt es zwei Möglichkeiten. Wenn wir sagen, wir wollen das bereits präventiv machen, dann braucht er in Führungszeichen einen Gutachter und zwar einen unabhängigen Gutachter zur Seite, der das dann eben überprüfen kann. Übrigens auch mit den entsprechenden Verschwiegenheitspflichten. Das ist natürlich ein originäres Arbeitgeberinteresse, wenn da ein gerade eben gekrönter Arbeitnehmerhauptide kommt und sagt, ich will dir mal in

die Bücher schauen, um zu prüfen, ob das überhaupt stimmt. Dann müßte man den ja auch zur Verschwiegenheit verpflichten und so weiter und so fort. Deswegen würde ich sagen, wenn man an der Stelle helfen will, dann tut man das, indem man ihm von mir aus einen Gutachter zur Seite stellt und dann darf das so überprüft werden. Oder wir überprüfen es eben hinterher anhand der Faktizität, ob sich nicht herausstellt, daß alles nur vorgegaukelt war, und dann zahlt er notfalls eben auch nach.

Hans Hanau:

- 85** Ok, um von vorne anzufangen. Es geht mir darum, und deswegen habe ich das auch so ausführlich gestaltet am Anfang, zu zeigen, daß es hier nicht nur um den Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst geht. Ich meine, es geht sehr wohl auch um das kollektive Element durch den Verbandsbeitritt. Man schuldet dem Verband eine gewisse Solidarität. Dieser Aspekt ist mir bisher viel zu kurz gekommen. Deshalb bin ich auch so ausführlich darauf herumgeritten. Wenn man das Günstigkeitsprinzip stark individualisiert, dann bleibt davon nichts mehr übrig. Ich meine, hier muß man abgrenzen. Und ich bestreite schlechterdings, daß es einen Maßstab für die neue Günstigkeit gibt. Es gibt keinen Maßstab dafür. Das Synallagma taugt gerade nicht dafür. *Schliemann* hat in der NZA 2003 ausgeführt, daß die Arbeitsplatzsicherheit immer irgendwie eine Rolle spielt, weil sich die geänderten Arbeitsbedingungen ja sozusagen nur auf dieser Folie beurteilen lassen. Ja, wie sollen wir das bitteschön messen? Das mag da irgendwie subkutan zu Grunde liegen. Natürlich ist es so. Aber es gibt doch gerade dafür keinen validen, belastbaren Maßstab. Sondern es bleibt letztlich der Beliebigkeit des Beurteilers überlassen, ob er das nun akzeptiert oder nicht.

Ich kann nicht wissen, ob gerade ich gekündigt werde. Die Wahrscheinlichkeit ist relativ schwer auszurechnen. Ich kann nicht wirklich einschätzen, wie es um die wirtschaftlichen Verhältnisse steht, und vor allem gibt es keinen Maßstab dafür zu sagen, drei Monate weniger oder längere Kündigungsfrist entspreche einem Lohnverzicht von 10%. Das sind doch wirklich Äpfel und Birnen. Das funktioniert so nicht. Ich plädiere dafür, sich davon frei zu machen, sondern darauf abzustellen, daß der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, den Tarifvertrag, die Tarifbindung dann zu suspendieren, wenn es für ihn sozusagen „zu dicke“ kommt, wenn er gewärtigen muß, den Arbeitsplatz zu verlieren. Und damit sind wir bei diesem Einschätzungsproblem. Dazu muß man nun folgendes sagen: Diese Bündnisse für Arbeit haben bisher nur so funktioniert, daß der Arbeitgeber gesagt hat, ich mache das sowieso nur, wenn ich einen entsprechenden Kostenvorteil in der Summe bekomme. D.h. er hat erwartet, daß ein Großteil der Arbeitnehmer mitmacht, sonst lohnt es sich ja nicht. Und deshalb fand ich es sehr charmant, wenn das ohnehin die relevanten Fälle sind, das dann ernst zu nehmen und sozusagen zu übersetzen. Die Frage zu stellen: Wie kann ich hier den Arbeitnehmer in dieser Einschätzungssituation entlasten? Und da schien es mir doch geradezu systemkonform, zu sagen, wir knüpfen an dem an, was diesem ganzen kollektiven System zugrunde liegt, eben dieser Kollektivierung, dieser Kartellierung, des Zusammengehens in dem Moment. Ich tue mich leichter,

wenn ich das, was mir vorschwebt, mit anderen abgleichen kann. Das ist das Hauptkriterium dafür. Daß der Wirtschaftsprüfer da helfen kann, ist sicher ein Argument. Das ist überhaupt keine Frage, wenn jetzt einer kommt und die Zahlen prüft und sagt, es gibt gute Gründe dafür, dann wird das die Sache sicher außerordentlich unterstützen. Nur, wenn man dem anderen Modell folgt, wenn man nur auf die individuelle Situation abstellt, dann kann es auch so enden, daß einige Arbeitnehmer dann lustig Änderungsverträge unterschreiben. Und am Ende haben die alle verzichtet, der Rest macht aber nicht mit, die bleiben opportunistisch sitzen, schließen sich nicht an, dann haben die verzichtenden den schwarzen Peter und die anderen freuen sich. Und die Kürzungsmaßnahme samt Gegenleistung, also das, was der Arbeitgeber vorgehabt hatte an Kostenersparnis, kommt in der Summe gar nicht zustande, weil ja nicht genug mitgemacht haben.

Volker Rieble:

Ich könnte wahnsinnig viele dogmatische Fragen stellen, was ich aber gar nicht tun will. Ich habe für die anwesenden Praktiker noch eine Frage: Die Hauptfälle der Bündnisse, wie sie wirklich vorkommen, hängen damit zusammen, daß der Arbeitgeber eine große Investition davon abhängig macht, daß die Arbeitnehmer sich letztlich mittelbar durch Preisabschlag, Lohnablaß an der Investition beteiligen. Wenn Sie jetzt sagen, in der Sekunde, in der es für den Lohnabschlag keine Erfordernis mehr gibt, haben die Arbeitnehmer einen Anspruch, sozusagen wieder hochgelupft zu werden, dann heißt das, daß der Arbeitgeber sagt: Ihr beteiligt Euch für 10% weniger auf von mir aus fünf Jahre. Dann investiert er seine 150 Millionen. Kaum sind die investiert, sagen die Arbeitnehmer: April, April. Jetzt hat der Arbeitgeber vorgeleistet, also gibt es nun doch wirklich keinen Grund mehr für den Lohnabschlag. Haben Sie für dieses Problem in Ihrem System auch eine Regelung oder ein Modell? **86**

Hans Hanau:

Ich hab das ja als großes Fragezeichen formuliert. Also, Sie merken, ich entwickle eine gewisse Distanz zu meinem Baby. Ich hab mir überlegt, daß das so funktionieren könnte, daß diese „Volksabstimmung“ das in vernünftiger Weise unterstützt. Ich bin mir aber über die Folgerung durchaus unklar. Die Rückkehr-option abstrakt zu formulieren, ist das eine, und sie dann *in concreto* auszugestalten ist das andere. Aber in diesem Fall, wenn sozusagen in der Zeitachse auch klar ist, daß sich diese Investitionsentscheidung über einen längeren Zeitraum amortisieren muß – das müßte der Arbeitgeber natürlich vernünftigerweise vortragen – dann müßte das in diese Rückkehroption auch Eingang finden. **87**

Volker Rieble:

Also, dann würden Sie schon auch eine Amortisationsphase zubilligen wollen? **88**

Hans Hanau:

- 89** Ja, das würde ich dann schon zur Voraussetzung machen. Sonst funktioniert es nicht.

§ 5 Marktflexibilität und Betriebsverfassung

Rn.

A. Referat Frank Bayreuther	1
I. Zum Reformbedarf im Betriebsverfassungsrecht	1
II. Gesetzliche oder institutionelle Deregulierung?	7
1. Einige Vorbemerkungen zur Deregulierungsdebatte im Arbeitsrecht	7
2. Regulierungen im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG)	14
a. Der Betriebsrat auf dem Weg zum „interessenwahrenden Mitgestalter des Unternehmens“	14
b. Schlußfolgerung: Selbstbeschränkung der Rechtsprechung und Beschränkung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten auf kollektive Tatbestände	24
3. Systemimmanente Regulierungen im Bereich der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, insb. des § 99 BetrVG	28
a. Ausweitung der personellen Mitbestimmung durch die Rechtsprechung	28
b. Schlußfolgerung: Beschränkung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	43
4. Das Kernproblem: betriebliche Mitbestimmung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit	48
a. Umfang und Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht	48
b. Einige grundlegende Bemerkungen zu Umfang und Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Arbeitsrecht	67
III. Institutionelle Strukturierungsmöglichkeiten	78
1. Die Ausgangslage im Betriebsverfassungsrecht für Reformen ist günstig ...	78
2. Der Betriebsrat ist dem Arbeitgeber lieb und teuer – zu den Kosten von Betriebsratsarbeit	81
3. Formale Befristung von Entscheidungsprozessen und vorläufiges Durchführungsrecht des Arbeitgebers	86
a. Befristung des Interessenausgleichs im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten	87
b. Verkürzung der Verfahren im Bereich sozialer Angelegenheiten	88
4. Die Betriebsgröße – (k)ein geeigneter Anknüpfungspunkt?	101
IV. Zusammenfassung - Thesen	107
B. Diskussion	128

A. Referat Frank Bayreuther*

I. Zum Reformbedarf im Betriebsverfassungsrecht

- 1 Die Forderung nach mehr Transparenz durchzieht das gesamte Arbeitsrecht. Bei näherem Hinsehen zeigt sich indes rasch, daß der Reformbedarf in den einzelnen Rechtsgebieten des Arbeitsrechts höchst unterschiedlich ausfällt. Das gilt auch für die drei großen Teilgebiete des Arbeitsrechts, die im diesjährigen Ludwigsburger Rechtsgespräch des ZAAR näher beleuchtet werden sollen, also für das Kündigungsschutz-, das Tarif- und das Betriebsverfassungsrecht.
- 2 Das Kündigungsschutzrecht befindet sich in einer Krise. Rechtsprechung und teilweise auch die Gesetzgebung haben sich in einem derartigen Dickicht verfangen, das das Kündigungsrecht hat unpraktikabel werden lassen. Noch weitaus offener treten die Dinge im Tarifvertragsrecht zu Tage. Der Funktionsverlust, den der Flächentarifvertrag erlitten hat, ist durch die massenhafte Verbandsflucht oder die auf breiter Front eingeleitete Derogation des § 77 Abs. 3 BetrVG hinreichend dokumentiert.
- 3 Für das Betriebsverfassungsrecht läßt sich solches nicht feststellen. Im Gegenteil: geht es um die betriebliche (oder auch die unternehmerische) Mitbestimmung, findet sich in der politischen Diskussion kaum jemand, der, bevor er Veränderungsvorschläge in die Diskussion einführt, nicht erst einmal versichern würde, daß die Mitbestimmung an sich ein Erfolgsmodell darstellt, das es im Ansatz zu bewahren und gegebenenfalls im zusammenwachsenden Europa sogar zu bewerben gilt.
- 4 Das mag sicher auch mit dem soeben ausgeklungenen Wahlkampf zusammenhängen und natürlich auch damit, daß eine Flucht aus der betrieblichen Mitbestimmung – anders als etwa die aus dem Flächentarifvertrag – und damit gleichsam eine „Abstimmung mit den Füßen“ wegen des zwingenden Geltungsanspruchs des Betriebsverfassungsrechts nicht möglich ist. Und allenfalls in Ausnahmefällen dürfte ein Unternehmen Probleme mit der betrieblichen Mitbestimmung zur Begründung einer Betriebsstilllegung, einer Standortverlagerung ins Ausland oder eines Personalabbaus anführen.
- 5 Davon abgesehen läßt sich aber auch gar nicht negieren, daß die betriebliche Mitbestimmung im betrieblichen Alltag im großen und ganzen funktioniert. Dabei ist hier gewiß unnötig, die Vorzüge der Betriebsverfassung aufzuführen. Vielmehr reicht, in Erinnerung zu rufen, daß ein Großteil der Arbeitgeber mit seinen Betriebsräten hervorragend auskommt. Sie fungieren als wichtiges Bindeglied zwischen Betriebsleitung und Belegschaft. Sie lassen unternehmerische Entscheidungen an die Belegschaft vermittelbar werden und ermöglichen es umgekehrt, daß die Unternehmensleitung überlebenswichtiges know how „from the floor“ erreicht.¹

* Professor Dr. Frank Bayreuther, Technische Universität Darmstadt.

1 Statt vieler aus dem jüngsten Schrifttum: *Schneevoigt*, Die Praxis der Mitbestimmung, ZfA 2005, 233; *Kamp/Simon*, Mitbestimmung als Faktor nachhaltiger Unternehmensentwicklung, WSI-Mitteilungen 2005, 459; *Schlenz*, in: Hans-Böckler-Stiftung, Dokumentation der Aktion „Pro Mitbestimmung“ (2005) S. 26 ff.; *Wassermann*, Was die Arbeitgeber wollen, Mitbestimmung 2005, 52, 54;

Dessen ungeachtet zeigt das Betriebsverfassungsrecht in seiner derzeitigen Ausprägung aber erhebliche Schwächen auf. Seine Regelungsdichte wird als zu hoch empfunden, überbordende Mitbestimmungstatbestände zwingen den Arbeitgeber zur Beteiligung des Betriebsrats bei der Umsetzung einer Vielzahl von Einzelentscheidungen. Komplexe Mitbestimmungs- und Einigungsverfahren verlangsamen Betriebsabläufe erheblich.² Das hat den Eindruck entstehen lassen, daß sich die Betriebsverfassung zu einem Hemmnis bei der Durchführung unternehmerischer Entscheidungsprozesse entwickelt hat und damit das im globalen Wettbewerb notwendige flexible Reagieren des Unternehmens auf dem Markt erschwert.

II. Gesetzliche oder institutionelle Deregulierung?

1. Einige Vorbemerkungen zur Deregulierungsdebatte im Arbeitsrecht

In den beiden vergangenen Jahrzehnten sind im Arbeitsrecht eine große Zahl von Flexibilisierungsvorschlägen vorgelegt worden, die fast überwiegend auf eine Reform, Deregulierung, Neujustierung oder gar Abschaffung der einschlägigen gesetzlichen Regelwerke zielen.³ Dabei gerät mehr und mehr aus dem Blickfeld, daß möglicherweise institutionelle Strukturschwächen der einzelnen Gesetze gar nicht die Ursache für die Inflexibilität des Arbeitsrechts sind, sondern vielmehr die Rigorismen, die Rechtsprechung und Wissenschaft auf Basis des geltenden Rechts haben entstehen lassen. Insoweit liegen die Dinge im Betriebsverfassungsrecht kaum anders als im Kündigungsschutzrecht. Beide Rechtsgebiete sind besser als ihr Ruf; sie sind an sich funktionierendes Recht. Erst die Extensivierung des gesetzlich vorgesehenen Schutzniveaus hat jenes Regelungsdickicht geschaffen, das zur Belastungsprobe für den betrieblichen Alltag wird. Mitbestimmungsrechte wurden auf eine kaum überschaubare Vielzahl von Einzelfragen des täglichen Geschehens ausgedehnt und dadurch betriebliche Entscheidungen en détail der erzwingbaren Mitbestimmung unterworfen. So weist etwa die aktuelle Auflage des „*Fitting*“⁴ ohne Nebengesetze, Fundstellen- und Stichwortverzeichnis 1.907 Seiten auf, wovon der Gesetzestext lediglich 55 Seiten (das sind knapp 2%) einnimmt.

ders., Die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes eröffnet Entwicklungschancen, WSI-Mitteilungen 2002, 84.

2 S. nur die (gewiss pointierte) Darstellung von *Adomeit*, Betriebsräte – noch zeitgemäß?, NJW 2001, 1033, 1034 („Das Betriebsverfassungsgesetz schätzt Bedächtigkeit“).

3 S. aus der Flut von einschlägigen Veröffentlichungen nur folgende aktuelle Stellungnahmen (teils auch zum Kündigungsschutzrecht): *Bauer*, Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung, NZA 2005, 1046; *ders.*, Sofortprogramm für mehr Sicherheit im Arbeitsrecht, NZA 2002, 1001, 1004; *Löwisch*, Vereinfachung und Beschleunigung im Arbeitsrecht – 15 Vorschläge, BB 2005, Heft 31, Editorial; *Adomeit*, Eine Agenda 2010 und das Arbeitsrecht (2005); *ders.*, Mehr-Beschäftigung durch neues Arbeitsrecht, Heft 75 der kleinen Reihe der Walter-Raymond-Stiftung (2005); *Kornberger Kreis*, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, Schriftenreihe Band 41 (2004); *Heinze*, Beschäftigungsförderndes Arbeitsrecht – Eine erste Zwischenbilanz, FS Wiese (1998), 161, 166; *Buchner*, Reform des Arbeitsmarkts – Was brauchen und was können wir?, DB 2003, 1510, 1515.

4 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, BetrVG, 22. Aufl. (2004).

- 8** Wenn das Betriebsverfassungsrecht in der Praxis als nicht immer alltagstauglich empfunden wird, dann hat das zudem auch rein psychologische Ursachen. Denn das Negativbild, das der Betriebsverfassung auf Arbeitgeberseite anhaftet, geht nicht alleine auf Erschwernisse zurück, die mit der Betriebsverfassung tatsächlich verbunden sind, sondern basiert auch auf einer subjektiven Wahrnehmung auf Arbeitgeberseite.⁵ Nicht selten klagen Arbeitgeber über die Rigorismen des Betriebsverfassungsrechts, obgleich sie selbst durchaus gute Erfahrungen mit ihrem Betriebsrat haben und mit ihm vertrauensvoll zusammenarbeiten oder obgleich in ihrem Betrieb gar kein Betriebsrat besteht. Man fürchtet sich dessen ungeachtet aber regelrecht vor der Mitbestimmung, zum einen, weil diese nicht aus den Schlagzeilen der allgemeinen Diskussion gerät, zum anderen, weil man vielleicht gehört hat, daß der eine oder andere Kollege massive Probleme mit ihr gehabt haben soll.⁶ Indes trägt das Betriebsverfassungsrecht selbst zur Entstehung dieses Phänomens entscheidend bei. Mit seiner hohen Regelungsdichte zieht nämlich ein gewisser „Zermüpfungsfaktor“ in die Mitbestimmung ein, weil dadurch bei vielen Arbeitgebern der Eindruck entsteht, daß „alles und jedes“ mitbestimmungspflichtig ist und ohne zeitaufwändige Einigung mit dem Betriebsrat nichts mehr geht.
- 9** Doch sollte mit strukturellen Deregulierungsforderungen zunächst einmal vorsichtig umgegangen werden, will man nicht das „Kind mit dem Bade“ ausschütten. Auch hier drängt sich der Vergleich mit dem Kündigungsschutzrecht auf. Kann man wirklich resignierend das Regelungsgestrüpp akzeptieren (man denke nur an die Darlegungs- und Beweislast zum Vorliegen der Unternehmerentscheidung und zum Arbeitsplatzwegfall, die Sozialauswahl und das durch die Rechtsprechung verwässerte Leistungsträgerprivileg, die fast unmöglich gewordene Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung, den subjektiven Leistungsbegriff bei Minderleistern oder die Prognose bei häufigen Kurzerkrankungen), um dann, offenbar in der Annahme, daß das alles ohnehin nicht mehr reparierbar ist, die Flucht nach vorne anzutreten, indem man eine Aufgabe des Bestandsschutzprinzips (Stichwort: Abfindungslösung) oder eine Heraufsetzung der Arbeitnehmerzahlen im Rahmen der Kleinbetriebsklausel befürwortet? Soll man, weil man meint, den täglichen „Kleinkrieg“ in der Betriebsverfassung nicht mehr in den Griff zu bekommen, wirklich gleich einen Systemwechsel vollziehen?
- 10** Erstes Reformziel muß also sein, auf Basis des geltenden Rechts gleichsam von innen heraus eine Entschlackung der Betriebsverfassung zu erreichen, die den

5 Hier liegen die Dinge nicht anders als im Kündigungsschutzrecht. Wer wirklich vor der Neueinstellung von Arbeitnehmern zurückschreckt, weil er Bedenken hat, ob er sich im Fall eines ungünstigen Verlaufs der Dinge von diesen wieder trennen kann, tut dies nicht selten, weil er nicht weiß, daß eine betriebsbedingte Kündigung angesichts des weiten Prognosespielraums, den die Rechtsprechung bei der Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung (noch?) einräumt, sehr wohl durchsetzbar ist.

6 Insoweit wird häufig nicht gesehen, daß im Betriebsverfassungsrecht, weitaus mehr als in den meisten anderen Rechtsgebieten, zum Streiten eben Zwei gehören. Wenn es Arbeitgeber und Betriebsrat nicht gelingt, vertrauensvoll zusammenzuarbeiten, dann nicht selten, weil ein jede Form von Arbeitnehmervertretung brüsk ablehnender Arbeitgeber elementare Mitbestimmungsrechte der Belegschaft mißachtet und umgekehrt oft auf einen dogmatisch starren Betriebsrat trifft, der nur wenig Verständnis für notwendige unternehmerische Belange des Arbeitgebers hat.

arbeitnehmerschützenden Kern der Mitbestimmung wahr, gleichzeitig aber die notwendige Marktflexibilität an die Unternehmensleitung zurückgibt.

Gefordert ist hier zunächst die Arbeitsgerichtsbarkeit.⁷ Sie sollte zurückhaltender sein, wenn es darum geht, das (in seiner Existenz ja gar nicht unstrittige) strukturelle Ungleichgewicht von Arbeitnehmer und Arbeitgeber innerhalb rechtlicher Abwägungen zu berücksichtigen. Sie muß zudem mehr in den Mittelpunkt stellen, daß es nicht ihre primäre Aufgabe ist, anstelle oder ergänzend zum Gesetzgeber sozial gestaltend tätig zu werden, sondern daß die Sicherung eines ausreichenden Existenzschutzes eine Angelegenheit des Gesetzgebers ist. Es wäre notwendig, daß die Rechtsprechung davon absieht, das Instrumentarium der betrieblichen Mitbestimmung immer weiter über das gesetzlich geforderte Mindestmaß hinaus zu intensivieren. Rechtsfortbildung darf nur dort stattfinden, wo der Gesetzgeber untätig geblieben ist, die gesetzliche Regelung also Lücken aufweist. Zudem muß wieder mehr in die Betrachtung rücken, daß der Kernbestand der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nicht lediglich ein Abwägungskriterium unter anderen, sondern der Grundstein einer effektiven marktwirtschaftlichen Ordnung ist. Kontrolle könnte gelockert werden, Mitbestimmungsrechte sollten nur dort eingreifen, wo echte Kollektivinteressen der Belegschaft berührt sind. Vor allem aber gilt zu vermeiden, daß der Betriebsrat nicht mehr nur Interessenwahrer der Belegschaft ist, sondern zum Mitgestalter der Unternehmung wird. **11**

Freilich reicht hier nicht, einseitig auf die Arbeitsgerichtsbarkeit zu weisen. Vielmehr ist die Jurisprudenz insgesamt gefordert. In einem ganz besonderen Dilemma steht dabei die Rechtswissenschaft. Einerseits ist es ihre Aufgabe, zu systematisieren und damit auch, Varianten und Verfeinerungen aufzuzeigen, also etwa auf die Besonderheiten eines Sachverhaltes hinzuweisen, die es rechtfertigen, für diesen Fall von der bisherigen Linie der Rechtsprechung abzuweichen. Andererseits läuft sie dadurch größte Gefahr, die letzten Freiräume zu sichern und die letzten Gestaltungsmöglichkeiten zu problematisieren.⁸ Es gibt wohl kaum eine BAG-Entscheidung, die in Anmerkungen einerseits kritisiert wird, weil sie zur Intensivierung der Mitbestimmung beiträgt, zu der dann aber noch im gleichen Atemzug komplexere Vorschläge unterbreitet werden, mit denen sich die Rechtsfrage vermeintlich differenzierter erfassen läßt. Dieser Versuchung unterliegt man schnell und gerne; der Verfasser will sich davon gar nicht ausnehmen.⁹ Die Wissenschaft muß erkennen, daß ihre Aufgabe auch ist, aus Anlaß entsprechender Judikate auf die überbordende Verdichtung des jeweiligen Rechtsgebiets und natürlich auch auf die Folgewirkungen einzelner Entscheidungen hinzuweisen. Vor allem aber müßten Lehre und Forschung dazu beitragen, Aufgabe und Stellenwert der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit wieder mehr in das allgemeine Bewußtsein zu rücken (s. unten II.4.). **12**

7 Zur notwendigen Selbstbeschränkung der Rechtsprechung statt vieler: *Adomeit*, Arbeitsmarktreform – Was ist das? NJW 2001, 3314, 3315; *Buchner* (Fn. 3), DB 2003, 1510, 1517.

8 So völlig zutreffend: *Buchner* (Fn. 3), DB 2003, 1510, 1512.

9 S. dazu etwa einerseits die unten aufgezeigte Kritik am Beschluß des BAG vom 29.6.2004 (Fn. 59) und andererseits *Bayreuther*, Video-Überwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, 1046.

- 13** Was dies im einzelnen bedeutet, soll im nachfolgenden an einigen Beispielen, vorwiegend aus der Rechtsprechung des BAG aus den Jahren 2004 und 2005 aufgezeigt werden. Sie mögen verdeutlichen, wie ein notwendiges arbeitsrechtliches Schutzinstrumentarium durch Überinterpretation und sicher wohlwollend gemeinte Extensivierung zur Blockade notwendiger unternehmerischer Marktflexibilität führen kann und so letztlich das Gegenteil von dem bewirkt, was ursprünglich eigentlich angestrebt war.

2. Regulierungen im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG)

a. Der Betriebsrat auf dem Weg zum „interessenwahrenden Mitgestalter des Unternehmens“

- 14** Seit Beginn der 80er Jahre hat die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung den Katalog der erzwingbaren Mitbestimmung kontinuierlich erweitert.
- 15** Im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung hat die Rechtsprechung diese Entwicklung bekanntlich eingeleitet, indem sie die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf die Gewährung freiwilliger Leistungen (insb. über- und außertarifliche Zulagen),¹⁰ sowie auf die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen und außertarifliche Leistungen¹¹ erstreckt hat. Zwar bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats jeweils nur auf die Verteilung der betreffenden Leistung, nicht aber darauf, ob, in welcher Höhe und zu welchem Zweck sie gewährt wird. Bei der Anrechnung von Tariflohnerhöhungen besteht es nur, wenn eine unterschiedliche Anrechnung auf die Zulagen erfolgt oder sich die Höhe der Zulagen zueinander ändert (was eigentlich fast immer der Fall ist, soweit die Zulage durch die Anrechnung nicht auf „Null“ reduziert wird¹²). Tatsächlich greift die Mitbestimmung dann aber über den Verteilungsschlüssel mittelbar nicht nur auf den Dotierungsrahmen über; sie beeinflusst vielmehr auch die grundlegende Entscheidung des Arbeitgebers, zu welchem Zweck und für welchen Personenkreis die jeweilige Leistung gewährt werden soll. Alleine mit der Ankündigung, dem Dotierungsschlüssel nicht zuzustimmen, kann der Betriebsrat einen (rechtlich gesehen freilich unzulässigen) Druck in Richtung einer Abänderung der Zweckbestimmung ausüben. Vor allem aber kann der Betriebsrat, indem er eine Änderung des Verteilungsschlüssels durchsetzt, das Zulagenkonzept des Arbeitgebers nicht unerheblich verändern, etwa indem er erreicht, daß nicht wenige herausragende Arbeitnehmer besonders hohe, weniger leistungsstarke da-

10 Grundlegend: BAG (GS) vom 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51; BAG vom 10.6.1986 – 1 ABR 65/84 – NZA 1987, 30 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 22.

11 Zuletzt: BAG vom 8.6.2004 – 1 AZR 308/03 – NZA 2005, 66 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 124; BAG vom 21.1.2003 – 1 AZR 125/02 – NZA 2003, 1056 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 118; grundlegend: BAG (GS) vom 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51.

12 Zu recht kritisch daher: *Hromadka*, Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen, DB 1991, 2133; *ders.*, Der Große Senat zu den übertariflichen Zulagen, DB 1992, 1573. Die Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei Entgeltfragen dagegen nachdrücklich verteidigend: *Dorndorf*, Zweck und kollektives Interesse bei der Mitbestimmung in Entgeltfragen, FS Däubler (1999), 327 ff.

gegen eher nur geringfügige Gratifikationen erhalten, sondern sämtlichen an sich erfaßten Arbeitnehmern der selbe Betrag zuzuwenden ist. Der Arbeitgeber kann so nicht mehr wirklich über den primären Zweck einer Zuwendung und den Kreis der begünstigten Personen entscheiden. Davon völlig abgesehen nimmt die Rechtsprechung ihm ganz grundsätzlich ein wichtiges Instrument zur marktflexiblen Ausgestaltung der Arbeitsrechtsbeziehung. Sie erschwert ihm, zielgerichtet und spontan einzelne Arbeitnehmer auf Grund besonderer Leistungen zu belohnen oder die Belegschaft durch Inaussichtstellen von Gratifikationen entsprechend zu motivieren. Die Rechtsprechung zum Entstehen einer betrieblichen Übung, sowie zur individualrechtlichen Zulässigkeit und Ausübung von Widerrufsvorbehalten¹³ tut ein Übriges hierzu.

Mit dieser Entwicklung korrespondiert im Bereich der Arbeitszeitgestaltung, daß die Rechtsprechung letztlich für die Anordnung jeder einzelnen Überstunde ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats anerkennt und dabei den Begriff der „Anordnung von Überstunden“ soweit intensiviert hat, daß selbst die Duldung durch Geschehenlassen und Bezahlen von Mehrarbeit das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG auslösen soll.¹⁴ Sie argumentiert, daß auch, wenn nur individuell gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer Überstunden angeordnet werden, dadurch nicht alleine die Individualinteressen des einzelnen Arbeitnehmers berührt würden, sondern zwangsläufig auch die Interessen des „restlichen“ Teils der an sich nicht von der Maßnahme erfaßten Belegschaft. Ihnen gegenüber werde ja keine Mehrarbeit angeordnet, so daß es der betrieblichen Mitbestimmung bedürfe, um eine gerechte Verteilung der Überstunden unter den für Mehrarbeit in Betracht kommenden Arbeitnehmern sicherzustellen. Daß dadurch eine kurzfristige, spontane und bewegliche Personalplanung erheblich erschwert wird, liegt auf der Hand.

Indes hat die Rechtsprechung mit diesen „Klassikern“ den Katalog des § 87 BetrVG nur in groben Linien um einzelne Tatbestände erweitert, dem Betriebsrat also „lediglich“ neue Aufgabenfelder erschlossen. Auch das ist auf Kritik gestoßen, auf die hier aber nicht näher eingegangen werden soll. Für die vorliegende Untersuchung viel interessanter ist, daß die Rechtsprechung in den vergangenen beiden Jahrzehnten, weit darüber hinausgehend, Mitbestimmungsrechte für eine kaum überschaubare Vielzahl von Einzelfragen des täglichen Geschehens eröffnet und dadurch betriebliche Entscheidungen *en detail* der erzwingbaren Mitbestimmung unterworfen hat. Dadurch wird nicht nur unternehmerisches Handeln verlangsamt. Vielmehr beschwört dies auch das Risiko herauf, daß in die Betriebsverfassung jener zuvor angesprochene „Zermüpfungsfaktor“ einzieht und bei vielen Arbeitgebern der Eindruck entsteht, daß „alles und jedes“ mitbestimmungspflichtig wäre.

Das zeigen zwei Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung mit besonderer Eindringlichkeit.

13 Zuletzt: BAG vom 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465 = AP BGB § 308 Nr. 1.

14 Grundlegend: BAG vom 27.11.1990 – 1 ABR 77/89 – NZA 1991, 382 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 41; weitere Nachw. bei *Fitting* (Fn. 4), § 87 Rn. 147.

- 19** In einer Entscheidung vom 6.5.2003¹⁵ hatte das BAG Gelegenheit, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit der Betriebsrat nach §§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 80 Abs. 2 BetrVG Auskunft über die genauen Arbeitszeiten der Belegschaft in einem Betrieb verlangen darf, in dem nach Vertrauensarbeitszeit gearbeitet wird. Der Arbeitgeber, der Datenverarbeitung für andere Unternehmen besorgt, hatte grundsätzlich davon abgesehen, die Arbeitszeit seiner Mitarbeiter zu überwachen. Der Betriebsrat hatte dem Arbeitszeitmodell zwar zugestimmt, begehrte dessen ungeachtet nun aber dennoch Auskunft über die genauen Arbeitszeiten der Arbeitnehmer, weil er vermutete, daß es im Betrieb zu Verstößen gegen das ArbZG gekommen war.
- 20** Das BAG entsprach dem Antrag des Betriebsrats und verpflichtete den Arbeitgeber, diesem Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit für jeden Arbeitstag des Vormonats, sowie eine etwaige Über- und Unterschreitung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit für jede im Vormonat endende Woche mitzuteilen. Den Einwand des Arbeitgebers, er habe ja gar keine Kenntnis über die Arbeitszeit seiner Mitarbeiter, ließ es nicht gelten. Zwar räumt das BAG ein, daß nach § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG dem Betriebsrat die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen bzw. Informationen nur dann zur Verfügung zu stellen sind, wenn der Arbeitgeber sie auch tatsächlich besitzt, der Betriebsrat also nicht verlangen kann, daß der Arbeitgeber nicht vorhandene Unterlagen für ihn erst herstellt bzw. sich die geforderten Informationen erst beschafft.¹⁶ Doch seien hier die notwendigen Daten vorhanden, sie müßten nur zur Kenntnis genommen und vermittelbar gemacht werden. Darauf, ob der Arbeitgeber die Daten erheben will, komme es nicht an. Ein Verzicht auf die Erhebung von Arbeitszeitdaten sei keine zu respektierende Ausübung der betrieblichen Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers. Diese bestehe nur im Rahmen der den Arbeitgeber bindenden normativen Vorgaben. Der Arbeitgeber habe danach seinen Betrieb so zu organisieren, daß die gesetzlichen und tariflichen Höchst-arbeitszeitgrenzen eingehalten werden, was der Betriebsrat wiederum zu überwachen habe.
- 21** Die so etablierte Leistungspflicht des Arbeitgebers hat das LAG Niedersachsen mit Beschluß vom 8.11.2004¹⁷ sogar noch ausgeweitet. Im Streitfall waren die Arbeitszeiten der Verkäufer eines Kaufhauses in einem Schichtplan klar festgelegt. Der Betriebsrat monierte jedoch, er könne dessen ungeachtet nicht feststellen, wie lange im Betrieb gearbeitet wird, weil in den betreffenden Listen Zeiten, die über die geplante Arbeitszeit hinaus geleistet werden (etwa: „Zu-Ende-Bedienen“ von Kunden, Erstellen von Abrechnungen bei Kassenübergabe, sonstige Vor- und Abschlußarbeiten), nicht erfaßt waren. Zwar hatten die Verkäufer die Möglichkeit, bei einem Überschreiten der geplanten Arbeitszeit sich vom Abteilungsleiter einen „Passierschein“ ausstellen zu lassen, um so die Mehrarbeitszeit auf ihr Zeitkontingent anrechnen lassen zu können. Der Arbeitgeber kontrollierte aber nicht, ob die Arbeitnehmer von dieser „Möglichkeit“ tatsächlich in jedem Fall Gebrauch machten.

15 BAG vom 6.5.2003 – 1 ABR 13/02 – NZA 2003, 1348 = AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61.

16 BAG vom 7.8.1986 – 6 ABR 77/83 – NZA 1987, 134 = AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 25; BAG vom 28.11.1989 – 1 ABR 97/88 - NZA 1990, 406 = AP BetrVG 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 4.

17 LAG Niedersachsen vom 8.11.2004 – 5 TaBV 36/04 – NZA-RR 2005, 424.

Mit Blick darauf gab das LAG dem Arbeitgeber auf, die tatsächlichen Arbeitszeitdaten der Arbeitnehmer im Betrieb exakt zu erfassen, zur Kenntnis zu nehmen und dem Betriebsrat auf Verlangen mitzuteilen. Dazu bietet sich – so das LAG – das im Betrieb vorhandene, funktionsfähige elektronische Arbeitszeiterfassungssystem an, von dessen Ingebrauchnahme der Arbeitgeber eigentlich absehen wollte. Insoweit nur noch am Rande bemerkt das LAG, daß der Betriebsrat nach der Rechtsprechung des BAG¹⁸ nicht direkt fordern könne, das Zeiterfassungssystem in Betrieb zu nehmen, weil ihm insoweit kein Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zusteht. Trotzdem wird die Belegschaft in Zukunft „stempeln“ müssen.

Beide Beschlüsse werfen Zweifel auf. Schon grundsätzlich erscheint fraglich, ob es richtig ist, wenn der Auskunftsanspruch des Betriebsrats so großzügig bestimmt wird, daß bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Bezug zu einem Mitbestimmungsrecht ausreicht, um das Informationsrecht des Betriebsrats auszulösen. Nach der Rechtsprechung soll der Auskunftsanspruch nur dann nicht gegeben sein, wenn ein Beteiligungsrecht offensichtlich nicht in Betracht kommt. Vor allem aber durchbricht das BAG trotz gegenteiliger Behauptung eben doch den Grundsatz, daß der Informationsanspruch des § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG kein Herstellungsanspruch ist. Es legt dem Arbeitgeber eindeutig auf, sich erst die notwendigen Informationen zu beschaffen. Vor allem aber ist es die mißliche Folge der Entscheidung, daß die Durchführung von Vertrauensarbeitszeit erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht wird.¹⁹ **22**

Noch entscheidender aber ist, daß es doch eigentlich nicht Sache des Betriebsrats sein kann, der Belegschaft Unannehmlichkeiten zu bereiten, indem er den Arbeitgeber dazu zwingt, diese zu überwachen. Er soll dies doch gerade verhindern. *Ingo Hamm* hat die Entscheidung des BAG dessen ungeachtet leidenschaftlich verteidigt. Das Denkmodell, das dem Arbeitgeber die Zuständigkeit für die Belastungen zuschreibt und den Betriebsrat als Retter der Entrechteten sieht, sei überaltert. Die Frage, welchen Zweck die Kontrollrechte des Betriebsrates haben sollen, wenn doch der Arbeitgeber selber auf Kontrolle und damit auf Belastung und Fremdbestimmung verzichten will, sei daher falsch gestellt. Zu Recht habe das BAG mit seinem Beschluß diese (falsche) individualistische Sichtweise abgelöst durch eine, die den Betriebsrat als interessengebundenen Mitgestalter der betrieblichen Organisation und nicht mehr ausschließlich als Betriebssamariter wahrnimmt. Angesichts der Möglichkeiten, im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens bei Betriebsänderungen elementare Belastungen wie den weitgehenden Verlust des Schutzes bei betriebsbedingten Kündigungen herbeizuführen, der ohne Existenz des Betriebsrates ungeschmälert bestehen würde, sei die neue Perspektive damit der betrieblichen Realität durchaus näher gerückt. Das trifft die Sache auf den Punkt: der Betriebsrat wird hier zu einem dem Arbeitgeber übergeordneten Kontrollorgan qualifiziert und damit letztendlich zum Mitunternehmer. **23**

18 BAG vom 28.11.1989 – 1 ABR 97/88 – NZA 1990, 406 = AP BetrVG 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 4; *Fitting* (Fn. 4), § 87 Rn. 251 differenziert danach, ob die Inbetriebnahme der Kontrolleinrichtung im Interesse der Belegschaft dringend geboten ist, etwa um Gesundheitsschäden der Arbeitnehmer abzuwehren. Auch danach besteht hier kein Initiativrecht des Betriebsrats.

19 *Schöne*, Anm. BAG vom 6.5.2003, SAE 2004, 119, 120, 122.

b. Schlußfolgerung: Selbstbeschränkung der Rechtsprechung und Beschränkung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten auf kollektive Tatbestände

24 Die sich daraus ergebenden Forderungen an das Arbeitsrecht liegen auf der Hand: es bedarf zunächst einer Beschränkung des Mitbestimmungskatalogs des BetrVG. Dieser darf nicht solange extensiviert werden, bis der Betriebsrat zu einer vollständigen Kontrollinstanz über jedes Arbeitgeberhandeln wird. Nicht die betriebliche Mitbestimmung als solche lähmt unternehmerisches Handeln; sie führt erst dort zu einer Blockade, wo sie in eine Parallelunternehmerschaft umschlägt.

Das setzt dreierlei voraus.

25 (1) Der originäre Schutzzweck der Betriebsverfassung muß wieder in den Mittelpunkt des Bewußtseins und mithin der Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht rücken. Der Betriebsverfassung geht es um den Schutz der Arbeitnehmer, die an der Gestaltung der wichtigsten Arbeitsbedingungen über ihre Interessenvertretungen beteiligt werden sollten. Es geht also um die Schaffung eines Gegengewichts zum vertragsakzessorischen Direktionsrecht des Arbeitgebers.²⁰

26 (2) Es bedarf einer Beschränkung der Mitbestimmung auf wirklich kollektiv wirkende Tatbestände.²¹ Natürlich ist zutreffend, daß der Betriebsrat dann zu beteiligen ist, wenn es darum geht, im mehrpoligen Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber einerseits und der Vielzahl der Arbeitnehmer andererseits einen Interessenausgleich zu schaffen. In das betriebliche Regelungsdickicht geführt hat indes die Überlegung, daß der Betriebsrat auch immer dann zu bemühen ist, wenn unterschiedliche Interessen mehrerer Arbeitnehmer miteinander kollidieren. In der Folge werden immer mehr Einzelmaßnahmen der Mitbestimmung unterworfen, weil eine Vielzahl der Anordnungen des Arbeitgebers, die sich an sich nur an einen Arbeitnehmer richten, reflexweise auch andere erfassen. Das zeigt das Überstundenbeispiel treffend. Ordnet der Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmer A Überstunden an, mag sich Arbeitnehmer B, namentlich im Hinblick auf etwaige Zuschläge, beklagen, nicht berücksichtigt worden zu sein. Im Fokus der Betrachtung sollte dagegen Arbeitnehmer A stehen, der einen direkten Nachteil dadurch erleidet, weil er länger als zunächst vorgesehen, arbeiten muß. Die einzelne Überstundenanordnung ist daher nicht zwingend eine kollektive Angelegenheit, auch wenn mehrere Arbeitnehmer zur Verfügung stehen würden, die die entsprechende Arbeit erbringen können. Dabei kommt hinzu, daß noch nicht einmal sicher gesagt werden kann, warum der Betriebsrat denn per se der bessere Streitschlichter sein soll, wenn es um die Frage geht, wer unter den verschiedenen in Betracht kommenden Arbeitnehmern „einspringen“ soll.

²⁰ Statt vieler: *Fitting* (Fn. 4), § 87 Rn. 3; GK-BetrVG/*Wiese* Band II, 7. Aufl. (2002), § 87 Rn. 95.

²¹ Sehr klar in diese Richtung: *Heinze* (Fn. 3), FS *Wiese* (1998), 161, 166. Insoweit darf empfohlen werden, sich einmal wieder die Ausführungen von *Marie-Luise Hilger*, Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, in: *Verhandlungen des 43. DJT* (1960), Bd. II 1961, Teil F, S. 16 ff. in Erinnerung zu rufen.

Eine kollektive Angelegenheit liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Arbeitgeber häufiger und gegenüber einer größeren Gruppe von Arbeitnehmern Überstunden anordnet, so daß für die Belegschaft als solche Veranlassung besteht, dies mit dem Arbeitgeber grundsätzlich zu klären und sich ihm gegenüber gegebenenfalls auch zur Wehr zu setzen. Daher hat die von der Rechtsprechung bislang nur am Rande beachtete Zahl, wie viele Arbeitnehmer durch die arbeitgeberseitige Maßnahme betroffen werden, weit mehr Gewicht, als daß sie nur ein bloßes Indiz dafür darstellt, daß (k)ein kollektiver Tatbestand vorliegt.

(3) Schließlich bedarf es noch einer Einsicht, die vielen Arbeitgebern nicht leicht fallen wird. Wer nämlich an anderer Stelle den Betriebsrat dazu gewinnen will, gegenüber der Belegschaft ansonsten rechtlich nur schwierig oder gar nicht durchzusetzende Entscheidungen zu erzwingen, nimmt zwangsläufig in Kauf, daß sich dieser auch ansonsten zum Mitgestalter im Unternehmen emanzipiert. Wer sich für Kündigungslisten nach § 1 Abs. 5 KSchG stark macht, kann kaum verhindern, daß der Betriebsrat für sich auch außerhalb der unternehmerischen Krise mehr Mitgestaltungsrechte im Unternehmen einfordert. Wer den Betriebsrat ermächtigt, in Abweichung von §§ 4 Abs. 3 TVG, 77 Abs. 3 BetrVG und des betriebsverfassungsrechtlichen Günstigkeitsprinzips tarifabsenkende Betriebsvereinbarungen mit unmittelbarer und zwingender Wirkung gegen die Belegschaft zu schließen, darf nicht überrascht sein, wenn umgekehrt Betriebsräte in florierenden Unternehmen nach einer zweiten, innerbetrieblichen Lohnrunde verlangen. **27**

3. Systemimmanente Regulierungen im Bereich der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, insb. des § 99 BetrVG

a. Ausweitung der personellen Mitbestimmung durch die Rechtsprechung

Im Rahmen der Diskussion über den Standort der Betriebsverfassung viel zu wenig beachtet werden die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, insbesondere dessen Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG. Gerade die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten kann aber – ungeachtet der Möglichkeit zur Durchführung vorläufiger Maßnahmen nach § 100 BetrVG – zu einer Blockade des Betriebsablaufs führen, wenn der Arbeitgeber dringend auf die Durchführung der personellen Maßnahme angewiesen ist. Der Betriebsrat kann hier gut die „Zeitkarte“ spielen und sich Personalmaßnahmen aus sachfremden Gründen verweigern, etwa um Koppelungsgeschäfte zu erreichen, also um anderweitige Interessen (etwa: die Forderung nach weiteren Neueinstellungen)²² durchzusetzen oder bestimmte Arbeitsmodelle des Arbeitgebers, zum Beispiel befristete Einstellungen, abzuwehren.²³ **28**

Bedenken ergeben sich gegen den Umfang der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten aber auch deshalb, weil der Schutzgehalt des § 99 BetrVG letztlich als nicht übermäßig stark einzustufen ist. Befragt man etwa die einschlägige **29**

²² Gentz, Schutz gegen den Missbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten, NZA 2004, 1011, 1012.

²³ Heinze (Fn. 3), FS Wiese (1998), 161, 166.

Kommentarliteratur hierzu, bietet sich dem Betrachter ein eher diffuses Bild. *Fabricius* meint, § 99 BetrVG ziele „überwiegend“ auf den Schutz der vorhandenen Belegschaft ab.²⁴ Das wirft freilich die Frage auf, ob dem Betriebsrat dann gleich ein Vetorecht zustehen muß, weil Einstellungen oder Versetzungen eher nur in Ausnahmefällen zu einer evidenten Gefährdung von Belegschaftsinteressen führen. *Thüsing* läßt es sein Bewenden mit der Aussage, daß sich der Zweck der Mitbestimmung nicht einheitlich bestimmen lasse, weil in § 99 BetrVG völlig verschiedene Mitbestimmungsgegenstände zusammengefaßt seien.²⁵ Immerhin bei *Kittner*²⁶ findet sich eine klare Einordnung. Es gehe darum, ein in der beabsichtigten Maßnahme liegendes Unrecht bzw. eine Ungerechtigkeit zu verhindern, weshalb nicht nur abstrakte kollektive Interessen wahrgenommen werden sollen, sondern auch die Interessen der zurückgesetzten anderen, einzelnen Arbeitnehmer. Darüber hinaus habe der Betriebsrat auch die Belange außenstehender Arbeitnehmer wahrzunehmen. Das erscheint überaus schlüssig, zeigt aber erneut, daß die Beteiligungsrechte des Betriebsrats hier eben nicht mehr Belegschaftsrechte absichern, sondern dem Betriebsrat objektive Mitgestaltungsrechte im Betrieb einräumen.

- 30** Auch in diesem Rahmen gilt dann, daß die Rechtsprechung den Mitbestimmungsbestand kontinuierlich erweitert hat. Zwei Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung mögen das verdeutlichen:
- 31** (1) Bemerkenswert in diesem Zusammenhang erscheint zunächst ein Beschluß des 1. Senats vom 25.1.2005.²⁷ Danach stellt eine sowohl nach Dauer als auch nach Umfang nicht unerhebliche Erweiterung des Volumens der arbeitsvertraglich geschuldeten regelmäßigen Arbeitszeit²⁸ schon beschäftigter Arbeitnehmer des Betriebs für einen Zeitraum von länger als einem Monat (arg. ex § 95 Abs. 3 BetrVG) eine neuerliche Einstellung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG dar. Im Streitfall ging es um die Erhöhung von vier Arbeitsverhältnissen von 97 auf 120, 108 auf 150, 130 auf 150 und von 118 auf 140 Stunden pro Monat.
- 32** Zur Begründung des Mitbestimmungsrechts greift das BAG dabei – nicht anders als in den Entscheidungen zur Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses über eine tarifliche Altersgrenze hinaus,²⁹ zur Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses,³⁰ zur Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis³¹ oder zur Teilzeitbeschäftigung während des Erziehungsurlaubs³² – auf § 99 BetrVG zurück.

24 GK-BetrVG/*Kraft* (Fn. 20), § 99 Rn. 6.

25 *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 99 Rn. 10.

26 *Kittner/Däubler/Klebe/Kittner*, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 99 Rn. 4.

27 BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 59/03 – NZA 2005, 945.

28 Der erforderliche Mindestumfang soll nach dem Beschluß jedenfalls dann erreicht sein, wenn entweder der Arbeitgeber den durch die Arbeitszeiterweiterung besetzten Arbeitsplatz ausgeschrieben oder der Betriebsrat die Ausschreibung nach § 93 BetrVG zu Recht verlangt hatte. Die Arbeitgeberin hatte im Fall die zu bestehenden Stellen in der Tat betriebsintern ausgeschrieben.

29 BAG vom 12.7.1988 – 1 ABR 85/86 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 54.

30 BAG vom 28.10.1986 – 1 ABR 16/85 – NZA 1987, 530 = AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 32.

31 BAG vom 7.8.1990 – 1 ABR 68/89 – NZA 1991, 150 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 82.

32 BAG vom 28.4.1998 – 1 ABR 63/97 – NZA 1998, 1352 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 22.

Ähnlich wie in diesen Entscheidungen argumentiert das BAG auch in seinem Beschluß vom 25.1.2005, daß durch die Erhöhung der Arbeitszeit Zustimmungsgünde erwachsen können, die bei der Ersteinstellung nicht voraussehbar waren und deshalb bei der ursprünglichen Zustimmungentscheidung des Betriebsrats noch nicht berücksichtigt werden konnten. Dieser konnte der Ersteinstellung nicht mit der Begründung widersprechen, der Arbeitnehmer solle nicht als Teilzeit-, sondern als Vollzeitkraft eingestellt werden. Auch kommen Verstöße gegen einen Tarifvertrag in Betracht, etwa weil dieser ein bestimmtes betriebliches Höchstarbeitszeitvolumen vorschreibt, das durch die beabsichtigte Aufstockung überschritten würde. Es können auch Verstöße gegen Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG auftreten; mit der Stundenerhöhung können Nachteile für sonstige Belegschaftsmitglieder i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG verbunden sein, die bei dem bisherigen Stundendeputat nicht gegeben waren. Es mag mehrere Interessenten oder Bewerber um eine Stundenerhöhung gegeben haben, auf deren Auswahl der Betriebsrat zumindest beratend Einfluß nehmen können soll. Selbst Verweigerungsgründe aus § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG könnten sich in neuer Dringlichkeit stellen. **33**

Während diese Argumentation in den Vorläuferentscheidungen (vielleicht abgesehen von der Teilzeitbeschäftigung des sich in Erziehungsurlaub befindlichen Arbeitnehmers) aber noch einleuchten will, bestehen gegen die Erstreckung des Mitbestimmungsrechts auf eine bloße Verlängerung der Arbeitszeit erhebliche Bedenken. Der Gesetzeswortlaut („einstellen“) weist eindeutig darauf hin, daß es eigentlich nur um den Abschluß eines Arbeitsvertrags mit einem neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmer oder zumindest um eine Veränderung des Arbeitsvertrags gehen kann, die so gravierend ist, daß sich der modifizierte Vertrag nach seinem Gesamtbild als aliud zur ersten Einstellungsabrede erweist. Das ist bei der bloßen Erhöhung des Stundendeputats eines Arbeitnehmers indes kaum der Fall. Selbst aber wenn man dem Begründungsansatz des BAG folgen wollte: ist eine Erhöhung der monatlichen Arbeitszeit von 130 auf 150 Stunden pro Monat, d.h. um fünf Wochenstunden so erheblich, daß sie einer neuerlichen Einstellung des Arbeitnehmers gleichkommt?³³ **34**

Fast beispielhaft führt dieser Beschluß vor Augen, wie die Rechtsprechung die Intensität der betrieblichen Mitbestimmung nicht nur qualitativ intensiviert, sondern darüber hinaus auch auf Personalmaßnahmen erweitert, die an sich nicht mitbestimmungspflichtig gewesen wären. Das Betriebsverfassungsrecht kennt, jedenfalls ausgehend von seinem Wortlaut, keine Zustimmungspflicht im Fall einer „Erhöhung“ der Arbeitszeit. Eine Mitbestimmung über die zeitliche Lage der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG scheidet zwangsläufig aus. Hier geht es um die Dauer der Arbeitszeit, die alleine die Arbeitsvertragsparteien festlegen und nicht um deren Lage. Auch hat die bloße Verlängerung des Zeitdeputats eines Arbeitnehmers keine direkten Auswirkungen auf die Lage der Arbeitszeit der Belegschaft insgesamt (jedenfalls wenn sie sich im vorliegenden Umfang bewegt). Schließlich fehlt es auch noch am notwendigen kollektiven Tatbestand. Ebenso wenig kommt ein **35**

³³ Zu weiteren Kritikpunkten an dieser Entscheidung s. *Hunold*, Änderung, insbesondere Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit als Einstellung, NZA 2005, 911, 912.

Mitbestimmungsrecht nach §§ 99 Abs. 1 S. 1 i.V.m 95 Abs. 3 BetrVG in Betracht, weil mit der Erhöhung des arbeitsvertraglich geschuldeten Stundenvolumens keine Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes i.S.d. § 95 Abs. 3 BetrVG verbunden ist. Denn der ändert sich nicht dadurch, daß er vom Arbeitnehmer für einen längeren Zeitraum besetzt wird.³⁴

- 36** (2) Einen ähnlichen Eindruck vermittelt der Beschluß zur Mitbestimmung beim Schichtwechsel von Arbeitnehmern vom 29.9.2004.³⁵ Der Kläger war seit 1992 in Dauernachtschicht beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag durfte er grundsätzlich sowohl in einem Ein- als auch in einem Zwei- oder Drei-Schichtsystem eingesetzt werden. Im Jahre 2002 wies der Arbeitgeber den Kläger unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist an, fortan innerhalb eines Drei-Schicht-Systems wechselschichtig zu arbeiten. Dem widersetzte sich der Kläger, namentlich, weil er weiterhin in den Genuß der Nachtschichtzulage von 400 € gelangen wollte.
- 37** Zwar weist der Senat den klägerseits geltend gemachten Einwand zurück, seine Arbeitspflicht habe sich auf eine Tätigkeit in Dauernachtschicht konkretisiert. Die Rechtsprechung setzt nämlich, zu Recht, die Schwelle für eine entsprechende Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers hoch an und dabei vor allem höher als im Rahmen der Begründung einer betrieblichen Übung. Eine Konkretisierung der arbeitnehmerseitigen Leistungspflicht tritt noch nicht durch bloßen Zeitablauf ein, sondern erfordert, daß zum Zeitpunkt besondere, dem Arbeitgeber zurechenbare Umstände hinzutreten, die dem Arbeitnehmer objektiv signalisieren, daß er gegen seinen Willen nicht mehr auf einen anderen Arbeitsplatz umgesetzt werden wird, etwa die Erklärungen des Arbeitgebers auf die Frage eines bauwilligen Arbeitnehmers, er könne mit einem Verbleib am augenblicklichen Tätigkeitsort rechnen.³⁶
- 38** Individualrechtlich war der Arbeitnehmer also zweifelsfrei zur Arbeit im Drei-Schicht-System verpflichtet. Dessen ungeachtet ließ das BAG die Versetzung jedoch unter kollektiv-rechtlichen Gesichtspunkten scheitern und zwar, weil der Arbeitgeber vor ihrer Anordnung den Betriebsrat nicht beteiligt hatte. Das mag auf den ersten Blick überraschen, liegt in der Veränderung der Arbeitszeit regelmäßig doch keine Versetzung i.S.d. §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG.³⁷ Ansatzpunkt des BAG war vielmehr, daß auf Grund der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats zum Wechselschichtsystem ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gegeben sei, der im Zusammenspiel mit der Theorie der notwendigen Mitbestimmung die Versetzungsanordnung innerhalb des im Betrieb tatsächlich durchgeführten Zeitsystems unwirksam werden lassen soll.
- 39** Das wiederum dürfte den Arbeitgeber überrascht haben, denn der hatte mit dem Betriebsrat sehr wohl eine Betriebsvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit

34 Statt vieler: *Richardi/Thüsing* (Fn. 25), § 99 Rn. 47; *Fitting* (Fn. 4), § 99 Rn. 40.

35 BAG vom 29.9.2004 – 5 AZR 559/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 111.

36 S. neben der in Fn. 35 genannten Entscheidung zuletzt: BAG vom 9.3.2005 – 5 AZR 231/04, n.V.; BAG vom 9.7.2003 – 10 AZR 564/02 – NZA 2004, 1184 (nur Leitsatz) = BAGReport 2004, 307; BAG vom 7.12.2000 – 6 AZR 444/99 – NZA 2001, 780, 781 = AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61.

37 S. nur: *Fitting* (Fn. 4), § 99 Rn. 126 f.

abgeschlossen, die die Einführung eines Wechselschichtsystems ausdrücklich umfaßte. Sie war dem BAG indes nicht bestimmt genug.

Es bemängelte, die fragliche Betriebsvereinbarung hielte nur fest, daß die Beschäftigung entsprechend der jeweiligen Betriebserfordernisse im Ein-, Zwei oder Drei-Schichtsystem erfolgt, sowie, daß der Arbeitnehmer zu einem Schichtwechsel nur unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von vier Kalendertagen verpflichtet ist. Zudem wurde die Arbeitszeit jeweils im einzelnen geregelt, insbesondere die Verteilung der Arbeitstage auf die Kalenderwoche, sowie Beginn und Ende der jeweiligen Schicht. Das BAG indes war der Ansicht, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht nur die Frage umfasse, ob im Betrieb in mehreren Schichten gearbeitet werden soll und wie die Schichten zeitlich liegen sollen, sondern auch die Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten hat. Mitbestimmungspflichtig sei daher auch der Schichtplan und dessen nähere Ausgestaltung bis hin zur Zuordnung der einzelnen Arbeitnehmer zu den einzelnen Schichten. Zwar seien die Betriebsparteien frei in der Entscheidung, ob sie sich auf eine Regelung über die Grundsätze der Schichtplanung beschränken oder ob sie jeden einzelnen Schichtplan selbst aufstellen wollen, so daß sie es auch dem Arbeitgeber überlassen können, unter den dort geregelten Voraussetzungen Arbeitsmaßnahmen alleine zu treffen und so etwa Einzelschichtpläne ohne gesonderte Beteiligung des Betriebsrats aufzustellen. Doch dürfe durch eine solche Regelung das Mitbestimmungsrecht nicht in seiner Substanz beeinträchtigt werden. Dem Arbeitgeber darf nicht das alleinige Gestaltungsrecht auf den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet werden. Genau das sei hier aber der Fall gewesen. **40**

Schon der Ausgangspunkt des Senats wirft Zweifel auf. Besteht für die Betriebsparteien, respektive für den Betriebsrat wirklich ein *numerus clausus* an zulässigen Betriebsvereinbarungsinhalten, in dessen Folge eine Betriebsvereinbarung eine gewisse „Mindestgestaltungshöhe“ erreichen muß? Der Betriebsrat kann sicher nicht auf sein Mitbestimmungsrecht verzichten.³⁸ Sehr wohl kann er aber dem Arbeitgeber entgegenkommen und ihm in einer bestimmten Angelegenheit einen weiteren Entscheidungsspielraum zuerkennen, sei es, weil er das für sinnvoll hält, sei es, weil der Belegschaft im Gegenzug dazu Vorteile an anderer Stelle eingeräumt werden oder schlicht, weil er im freien Spiel der Kräfte dem Arbeitgeber unterlegen, dies aber zu akzeptieren bereit ist. Darin liegt jeweils kein Verzicht auf ein Mitbestimmungsrecht. Vielmehr hat er sein Mitbestimmungsrecht jeweils wahrgenommen, denn auch die Zuerkennung eines bestimmten Entscheidungsspielraums an den Arbeitgeber ist eine Form der Mitbestimmungsausübung. Einzig die Besonderheit des Einzelfalles rechtfertigt die Haltung des Senats. Dort ging es nämlich um keine einvernehmlich abgeschlossene Betriebsvereinbarung; sie beruhte vielmehr auf einem Spruch der Einigungsstelle. Ein solcher mag in der Tat ermessensfehlerhaft sein, wenn er gegen den Willen des Betriebsrats der Arbeitgeberseite ein zu umfangreich bemessenes Alleinentscheidungsrecht einräumt.³⁹ **41**

38 Hierzu ausführlich jüngst *Joussen*, Der Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte, RdA 2005, 31.

39 So auch *Joussen* (Fn. 38), RdA 2005, 31, 38 f.

42 Darauf kommt es hier aber noch nicht einmal an. Selbst wenn man sich der „Kernbereichsthese“ anschließt, drängt sich bei einem Spruch wie dem vorliegenden eine entsprechende Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG jedenfalls nicht zwingend auf. Das Gesetz spricht ja nur vom „Beginn und Ende“ der täglichen Arbeitszeit – oder mit anderen Worten: es geht eben um deren Lage. Kann dieses Mitbestimmungsrecht dann in seiner Substanz getroffen werden, wenn sich die Betriebsparteien sowohl über die tragenden Grundsätze des Schichtsystems im Betrieb (Welche Schichteinteilungen? In welchem Turnus? Welche Ankündigungsfrist für Umstellungen?) als auch über Beginn, Ende und Dauer der einzelnen Schichten verständigt haben? Es stellt vielmehr einen gewissen Rigorismus dar, wenn das BAG fordert, daß darüber hinaus die Betriebsparteien in jedem Fall auch die Voraussetzungen, unter denen Schichtumsetzungen erfolgen können, sowie die Zuordnung der Arbeitnehmer zu den einzelnen Schichten (rahmenmäßig) festlegen müssen.

b. Schlußfolgerung: Beschränkung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten

43 Auch die sich mit Blick auf die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten ergebenden Forderungen an das Arbeitsrecht liegen auf der Hand. Dabei wären an dieser Stelle auch gesetzgeberische Lösungen denkbar. Insbesondere die Vorschläge (2) bis (4) ließen sich gut durch eine Novellierung des BetrVG flankieren.

44 (1) Es bedarf einer Reduzierung der Intensität der Mitbestimmung in personellen Angelegenheit. Die Begriffe der „Einstellung“ und der „Versetzung“ müssen wieder klare Konturen gewinnen. Dazu bedarf es einer Neuorientierung der Rechtsprechung, die die Definition der einzelnen Tatbestandsmerkmale des §§ 99 und 95 Abs. 3 BetrVG hat konturenlos werden lassen. Eine Versetzung liegt nicht schon dann vor, wenn sich am Arbeitsbereich des Arbeitnehmers etwas ändert. Eine Einstellung ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer erstmalig in den Betrieb eingegliedert wird.

45 (2) Die Anforderungen an die Begründung der Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 BetrVG sind anzuheben. Bekanntlich hat die Rechtsprechung die Voraussetzungen, die an eine relevante Verweigerung zu richten sind, immer mehr herabgesenkt. Danach ist bereits eine nicht offensichtlich unsinnige Begründung beachtlich. Die vom Betriebsrat vorgebrachten Gründe müßten nicht die Rechtfertigung der Zustimmungsverweigerung ergeben, sie brauchen nicht einleuchtend zu sein. Es genügt, wenn sie in Zusammenhang mit den Gründen nach Abs. 2 stehen.⁴⁰ Verlangt werden sollte vielmehr, eine vom Einzelfall bestimmte, konkrete und schlüssige Behauptung. Fehlt es daran, muß die Verweigerung ohne Wirkung bleiben, d.h. die Zustimmung des Betriebsrats würde im Beschlußverfahren ohne Prüfung der materiellen Rechtslage ersetzt. Ist die Begründung grob unsachlich, wird die Zustimmung fingiert. Der Arbeitgeber ist dann zur Durchführung der Maßnahme nicht darauf angewiesen, das Arbeitsgericht nach § 101 BetrVG anzurufen.

⁴⁰ Statt vieler *Fitting* (Fn. 4), § 99 Rn. 215.

Ist der Betriebsrat anderer Ansicht, ist es seine Sache, mit einem Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber vorzugehen.

(3) Es empfiehlt sich, die personelle Mitbestimmung auf individualrechtlich problematische Versetzungen zu beschränken. In Anlehnung an § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG (Urlaubsfestsetzung) würde die Mitbestimmung bei Versetzungen nur noch eingreifen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird.⁴¹ Flankiert werden müßte das allerdings durch ein Einspruchsrecht des Betriebsrats in Mißbrauchsfällen (etwa zur Vermeidung von Mobbing durch Arbeitsplatz-Rochaden). **46**

(4) Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Eingruppierungen und Umgruppierungen wird aufgegeben.⁴² In seiner bisherigen Fassung führt es zu einer Verdoppelung des Rechtsschutzes, weil jeder Arbeitnehmer selbst (und dabei natürlich auch mit Unterstützung der Gewerkschaft) eine Eingruppierung in die für ihn zutreffende Tarifgruppe geltend machen kann.⁴³ Zumindest sollte der Betriebsrat die Zustimmung nicht aus solchen Gründen versagen können, die in einem etwaigen individualrechtlichen Eingruppierungsstreit ohnehin geprüft würden. **47**

4. Das Kernproblem: betriebliche Mitbestimmung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit

a. Umfang und Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht

Einer der ehernen Grundsätze des Betriebsverfassungsrechts war, daß die unternehmerische Entscheidung selbst mitbestimmungsfrei ist. Der Betriebsrat hat keine Zugriffsrechte auf die „eigentliche“ unternehmerische Entscheidung; er kann diese vielmehr nur flankierend in ihren sozialen Auswirkungen begleiten. Einen tendenziellen Richtungswechsel vollzog die Rechtsprechung zwar bereits 1982 mit der bekannten Kaufhausentscheidung, in der es um die Frage ging, ob die betriebliche Mitbestimmung so weit gehen kann, daß sie mittelbar auch Einfluß auf die Betriebszeiten (dort: Öffnungszeiten eines Kaufhauses) nimmt.⁴⁴ Die damals eingeschlagene Linie wurde dann in der Folge durch die bereits erwähnten Beschlüsse zur Mitbestimmung bei freiwilligen Arbeitgeberleistungen, sowie zur Anrechnung übertariflicher Lohnbestandteile auf Tarifierhöhungen untermauert.⁴⁵ **48**

41 *Adomeit* (Fn. 2), NJW 2001, 1033, 1034.

42 Für einen Ausschluß: *Löwisch* (Fn. 3), BB 2005, Heft 31, Editorial.

43 Genau betrachtet kann er – wegen der tariflichen Vergütungsautomatik – die Feststellung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Tarifgruppe oder die jeweilige Vergütungsdifferenz geltend machen (s. dazu *Schaub*, ARHandB, 11. Aufl., 2005, § 67 Rn. 8).

44 BAG vom 31.8.1982 – 1 ABR 27/80 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8. S. dazu aus der großen Anzahl kritischer Stimmen stellvertretend: *Rüthers*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, 1996, S. 95 ff.

45 Oben 2 a.

- 49** Die Dinge liegen hier nicht anders als bei den zuvor abgehandelten mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Die Kaufhausentscheidung verschiebt zwar die Gewichte im Betriebsverfassungsrecht tendenziell. Sie ist aber in ihrer Kernaussage verständlich, weil die unternehmerische Entscheidung (dort also die Entscheidung, wie lange das Verkaufsgeschäft geöffnet sein soll) keine immanente Schranke für die positiv-rechtlich geregelten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bilden kann, die Einigungsstelle also an diese nicht als fixes Datum gebunden werden darf.⁴⁶ Sie erkennt aber dem Betriebsrat weder direkt auf den unternehmerisch-wirtschaftlichen Bereich zielende Zugriffsrechte zu, noch unterwirft sie Einzelfragen des täglichen Betriebsablaufs wahllos der Mitbestimmung. Diesem Risiko scheint indes die neuere Rechtsprechung zu unterliegen, wie nachfolgende Beispiele verdeutlichen mögen:
- 50** (1) Nur am Rande hingewiesen sei auf die denkbare Vermischung von Leistungs- bzw. Ordnungsverhalten mit dem Inhalt der Arbeitspflicht in einigen neueren Entscheidungen des BAG, wie etwa in denjenigen zur Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien für Redakteure⁴⁷ und zur Verpflichtung des Fahrpersonals des ÖPNV, Namensschilder zu tragen.⁴⁸ Ähnliches gilt für die Entscheidung zum Informationsanspruch des Betriebsrats über Zielvereinbarungsinhalte, die so allgemein gehalten ist, daß sie dem Betriebsrat einen Zugriff auch auf den Inhalt von Zielvereinbarungen ermöglichen könnte.⁴⁹ In einer Entscheidung vom 1.7.2003 hat das BAG dem Betriebsrat schließlich die Mitbestimmung über die Lage von Arbeitspausen in einem Fall zugelassen, mit dem damit zugleich ein Eingriff in die Organisation des Arbeitgebers verbunden war.⁵⁰
- 51** (2) Zu Recht viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat die Entscheidung des BAG vom 27.1.2004 zur Mitbestimmung über eine biometrische Zugangskontrolle in einem Kundenbetrieb.⁵¹ Der Arbeitgeber, ein Telekommunikationsdienstleister, hatte einen Auftrag angenommen, der ihn verpflichtete, im Betrieb des Kunden einen 24-Stunden-Service für Störfälle sicherzustellen. Der Auftraggeber hatte – mit Zustimmung seines Betriebsrates – Personalschleusen eingerichtet, die mit einem biometrischen Kontrollsystem ausgestattet sind. Zu ihrer Identifizierung müssen die Zugangsberechtigten Personen Fingerabdrücke hinterlegt haben. Mit diesen werden

46 Statt aller: *Richard/Richardi* (Fn. 25), Einl. Rn. 47 ff., insb. 50; § 87 Rn. 42.

47 BAG vom 28.5.2002 – 1 ABR 32/01 – NZA 2003, 166 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebs Nr. 39. Zur betrieblichen Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien s. insb. *Junker*, Konzernweite „Ethikregeln“ und nationale Betriebsverfassungen, BB 2005, 602 ff.; *Borgmann*, Ethikrichtlinien und Arbeitsrecht, NZA 2003, 352.

48 BAG vom 11.6.2002 – 1 ABR 46/01 – NZA 2002, 1299 = AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebs Nr. 38.

49 BAG vom 21.10.2003 – 1 ABR 39/02 – NZA 2004, 936 = AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 62. Diese Entscheidung wird in der Literatur kontrovers besprochen. S. dazu: *Rieble/Gistel*, Betriebsratszugriff auf Zielvereinbarungsinhalte?, BB 2004, 2462; *Däubler*, Zielvereinbarungen als Mitbestimmungsproblem, NZA 2005, 793; *Wiese*, Anmerkung BAG vom 27.1.2004 AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 62.

50 BAG vom 1.7.2003 – 1 ABR 20/02 – NZA 2004, 620 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 107. Allerdings bezieht sich die Entscheidung nur auf unbezahlte Pausen, so daß immerhin die Vergütungspflicht des Arbeitgebers nicht durch das Mitbestimmungsrecht beeinflusst wird. S. dazu auch *Kraft*, Anm. BAG vom 1.7.2003, SAE 2004, 192, 193.

51 BAG vom 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40.

mittels eines in der Personalschleuse befindlichen Fingerprint-Scanners die Fingerabdrücke der Zugang suchenden Personen verglichen. Ist die Identifizierung erfolgt, öffnet sich die Innentüre der Schleuse. Das Verlassen des Gebäudes erfolgt in gleicher Weise.

Nach Auftragsannahme reklamierte auch der Betriebsrat des Auftragnehmers für sich ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das BAG folgte ihm. Das Mitbestimmungsrecht bestehe auch dann, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern Anweisungen hinsichtlich des Ordnungsverhaltens in einem Kundenbetrieb erteilt. Der Begriff des Betriebs i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sei nämlich nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Dagegen könne der Arbeitgeber nicht einwenden, ihm seien Verhaltensregeln oder technische Überwachungseinrichtungen von einem Vertragspartner vorgegeben. **52**

Die Folgen dieser Entscheidung sollte man nicht überdramatisieren. Indes mag es viele Arbeitgeber durchaus unangenehm überraschen, können sie freudig die Akquirierung eines neuen Auftrags vermelden und müssen nun erfahren, daß sie diesen nur wahrnehmen können, wenn ihr Betriebsrat bereit ist, die im Kundenbetrieb bestehenden Ordnungsstandards zu akzeptieren. Auf diese hat der Arbeitgeber nämlich keinen Einfluß, so daß er Wünsche des Betriebsrats nicht durch deren Modifikation berücksichtigen kann. Er kann sie nur akzeptieren, weil andernfalls der Werkvertrag nicht zustande kommt. **53**

Daher ist dem Argument des BAG, der Arbeitgeber müsse eben durch eine entsprechende Vertragsgestaltung gegenüber seinen Kunden sicherstellen, daß die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gewährleistet ist, mit dem Hinweis des *impossibillium nullum est obligatio* entgegenzutreten. Allenfalls die Besonderheiten des zu entscheidenden Sachverhalts erklären die Überlegung des Senats, daß den Mitarbeitern der Zugang zum Kundenbetrieb ja auch ohne Abgabe von Fingerabdrücken dadurch ermöglicht werden könne, daß jene von Beschäftigten des Kundenbetriebs durch die Personalschleuse begleitet werden. Im Gros der Fälle wird der Auftraggeber schlicht dankend ablehnen, wird ihm von einem potentiellen Auftragnehmer ein solches Angebot unterbreitet. Ohne Zweifel ist es für die Arbeitnehmer nur schwer hinnehmbar, müssen sie sich im Kundenbetrieb Einschränkungen gefallen lassen, die sie im eigenen Betrieb nicht akzeptieren, zumal ja nicht sicher feststeht, ob die entsprechenden Anordnungen dort durch einen Betriebsrat begleitet wurden. Indes wäre hier durchaus eine behutsame, eingrenzende Interpretation der Reichweite des Mitbestimmungsrechts möglich gewesen.⁵² Das BAG blendet hier nicht nur aus, daß die Sicherheit der Arbeitsplätze entscheidend davon abhängt, ob der Betrieb gut ausgelastet ist oder nicht. Er billigt vielmehr dem Betriebsrat mittelbar einen entscheidenden Einfluß darauf zu, welche Aufträge angenommen werden können und welche nicht. Die Mitbestimmung erfaßt hier nicht mehr nur das „Wie“, sondern das „Ob“ der Durchführung der unternehmerischen Entscheidung.⁵³ **54**

52 *Hunold*, Anmerkung BAG vom 27.1.2004, BB 2004, 1392, 1392.

53 A.A. *Wiese* (Fn. 49), AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 62 mit Hinweis auf die alternativen Gestaltungsmöglichkeiten im Fall. Zutreffend: *Hunold* (Fn. 52), BB 2004, 1392.

- 55** (3) In einer Entscheidung vom 19.6.2001⁵⁴ sah das BAG das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eines Verleiharbeitgebers nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in einem Fall als eröffnet an, in dem die Arbeitszeit im Entleihbetrieb die „gewöhnliche“ Arbeitszeit der dorthin entsandten Leiharbeitnehmer überstieg. Das wirft freilich schon in „einfachrechtlicher“ Hinsicht Bedenken auf. Eigentlich kann das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hier nicht eröffnet sein, weil im Verleihbetrieb gerade keine „übliche“ Arbeitszeit besteht. Leiharbeitnehmer arbeiten im arbeitstechnischen Sinn – und alleine darauf kommt es im Betriebsverfassungsrecht an – ausschließlich im jeweiligen Entleihbetrieb nach den dort geltenden Arbeitsbedingungen.⁵⁵ Folglich findet eine Verlängerung der „betriebsüblichen“ Arbeitszeit nicht im Ver-, sondern allenfalls im Entleihbetrieb statt. Was aber die Lage und eine eventuell vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit im Entleihbetrieb betrifft, sind alleine die dortigen Verhältnisse maßgebend, sie unterliegt nur der Mitbestimmung des im Entleihbetrieb errichteten Betriebsrats. Das gilt auch für den einzelnen Leiharbeitnehmer, denn der ist während der Entsendung vorübergehend in den Entleihbetrieb eingegliedert (arg. ex §§ 7 S. 2 BetrVG, 14 AÜG). Das zeigt auch folgende Gegenüberlegung: hätte der Verleiher den Arbeitnehmer mit der üblichen Arbeitszeit an den Entleiher überlassen und ihm dieser dann eine vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit angetragen, läge die Annahme, daß eine entsprechende Anordnung dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Entleihbetriebs unterworfen sein könnte, sicherlich fern.⁵⁶
- 56** Zudem ist erneut fraglich, ob überhaupt ein kollektiver Tatbestand vorliegt, wenn nur ein einzelner Arbeitnehmer in einen Betrieb mit längerer Arbeitszeit entsandt wird. Das BAG verweist auch hier darauf, daß der Verleiher dem Entleiher regelmäßig nicht die Überlassung bestimmter Arbeitnehmer, sondern nur die eines für die vorgesehene Arbeitsaufgabe geeigneten Arbeitnehmers schuldet. Er muß daher einen Arbeitnehmer für die Entsendung auswählen, so daß bereits in seinem Betrieb die Regelungsfrage aufgeworfen wird, welcher Arbeitnehmer in den Betrieb mit der verlängerten Arbeitszeit entsandt werden soll. Darauf, daß das durchaus kritisch hinterfragt werden kann, wurde bereits hingewiesen. Regelungsfragen sollen sich nach dem BAG aber selbst dann stellen, wenn der Verleiher nach dem Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags die Entsendung eines bestimmten Arbeitnehmers schuldet. Denn in diesem Fall müßten unter Umständen Ausgleichszeiträume geregelt werden, die den Arbeitnehmer davor bewahren, im unmittelbaren Anschluß an seinen Einsatz erneut für eine Entsendung vorgesehen zu werden, die seine vertraglich geschuldete Arbeitszeit überschreitet. Dabei handelt es sich indes eindeutig um eine individuelle und keine kollektive Frage.⁵⁷ Bei ihr geht es ausschließlich um eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wie die entstandene Mehrarbeit ausgeglichen werden soll (in der Regel wird die Mehrarbeit schlicht ab-

54 BAG vom 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263 = AP BetrVG 1972 § 87 Leiharbeitnehmer Nr. 1.

55 Schüren/Hamann, AÜG, 2. Aufl. (2002), § 14 Rn 358 ff.

56 Kraft, Anm. BAG vom 19.6.2001, SAE 2002, 45, 47. Dies dagegen völlig außerhalb der Betrachtung lassend: Marschall, Anm. BAG vom 19.6.2001 AP BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer Nr. 1.

57 Kraft (Fn. 56), SAE 2002, 45, 47.

gegolten werden). Lediglich für den Fall, daß sich die Parteien tatsächlich auf einen Zeitausgleich verständigen sollten, hat dies Auswirkungen auf die Gesamtbelegschaft. Sie sind indes allenfalls mittelbarer Natur. Sie bestehen allenfalls darin, daß sich die Chance der übrigen Belegschaft erhöht, für einen bestimmten Auftrag herangezogen zu werden, weil der betreffende Arbeitnehmer während des Ausgleichszeitraums nicht verliehen werden darf.

Noch gewichtiger ist freilich, daß auch mit diesem Beschluß der Betriebsrat Einfluß **57** auf die Entscheidung des Verleihers gewinnt, welche Aufträge er annehmen kann und welche nicht. Verweigert der Betriebsrat nämlich seine Zustimmung zu der vorübergehenden Erhöhung der Arbeitszeit und ist sie auch nicht, oder zumindest nicht zeitgerecht, durch die Einigungsstelle zu ersetzen, kann der Verleiher keine Angebote von Unternehmen annehmen, in denen länger gearbeitet wird als dies bei ihm der Fall ist. Zudem wird ihm die Freiheit genommen, zu entscheiden, welcher Leiharbeiter wohin entsandt werden soll. Auch dabei handelt es sich aber um eine unternehmerische Grundlageneentscheidung.

(4) Kein übermäßiges Wohlwollen bringt der 1. Senat des BAG unternehmerischen **58** Grundanliegen schließlich auch in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit einer Videoüberwachung im Betrieb vom 29.6.2004 entgegen.⁵⁸ Der Senat hatte einen Einigungsstellenspruch zu überprüfen, der die Zustimmung des Betriebsrats zur Videoüberwachungsanlage in einem Briefverteilzentrum der Deutschen Post AG ersetzte. Von den dort ein- bzw. ausgehenden Sendungen waren in etwas weniger als zwei Jahren 18.449 als verlustig gemeldet worden. Der Spruch erlaubte der Arbeitgeberin, in dem relativ unübersichtlichen Verteilzentrum offen verschiedene Videokameras zu installieren, die bis zu 50 Stunden in der Woche in Betrieb gesetzt werden durften, ohne daß die betroffenen Arbeitnehmer allerdings erkennen konnten, ob eine Kamera eingeschaltet ist oder nicht.

Es überrascht, wenn der Senat hier meint, daß der Überwachungsanlaß zu wenig **59** konkret sei. Die Arbeitgeberin habe nicht festgestellt, in welchem Umfang die Verluste im Briefzentrum selbst, auf dem Weg dorthin oder auf dem weiteren Weg zum Empfänger eintreten. Das herauszufinden dürfte indes, wenn nicht gar unmöglich, außerordentlich schwierig sein. Vor allem aber ist bei 9.000 festgestellten Verlusten pro Jahr (die Dunkelziffer dürfte wesentlich höher liegen) doch handgreiflich, daß hierfür auch Mitarbeiter im Briefzentrum verantwortlich sein müssen. Nicht befriedigend ist es darüber hinaus, wenn der Senat den Vortrag der Arbeitgeberin, daß in drei anderen Verteilzentren nach Installation einer Überwachungsanlage die Verluste um bis zu 15% zurückgegangen seien, mit den dürren Worten, das sei „...wenig aussagekräftig...“ beiseite schiebt, zumal er an anderer Stelle ausdrücklich anerkennt, daß in jenen drei Zentren durch Überwachungsanlagen 26 Mitarbeiter beim Entwenden von Briefen überführt worden seien.

Ebenso Anlaß zur Kritik gibt, daß der Senat dem Arbeitgeber (vermeintlich) mildere **60** Mittel aufzeigt, die wirtschaftlich entweder nicht sinnvoll sind oder aber deren Durchführung vom Arbeitgeber unter unternehmerischen Gesichtspunkten nicht ge-

58 BAG vom 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – NZA 2004, 1278 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41.

wollt ist.⁵⁹ So verweist das BAG den Arbeitgeber etwa auf die Durchführung von Torkontrollen (bei ihm bestand eine entsprechende Betriebsvereinbarung, die solche zuläßt). Doch dürfte sich geradezu aufdrängen, daß untreue Mitarbeiter Sendungen wohl überwiegend bereits im Verteilzentrum öffnen, sich dort deren Inhalt zueignen und die geöffneten Kuverts anschließend wieder vernichten werden. Würden sie dagegen die fraglichen Briefe tatsächlich außerhalb des Betriebsgeländes verbringen, bedürfte es recht intensiver Torkontrollen bis hin zur Leibesvisitation, da sich Briefe eben leicht verbergen lassen. Torkontrollen bleiben also entweder wirkungslos oder aber sie tangieren die Arbeitnehmer weitaus mehr in ihrer Persönlichkeit als jede Videoüberwachung. Letztere Überlegung zeigt eben deutlich, daß es zuweilen durchaus ratsam sein kann, wenn der Richter bestimmte unternehmerische Entscheidungen akzeptiert, wie hier etwa diejenige, wie der Arbeitgeber hier dem Verlust einer so eklatanten Zahl von Briefsendungen beikommen will.

- 61** Nicht zu überzeugen vermag auch der zweite Vorschlag, die Arbeitgeberin könnte die Belegschaft durch andere, „ggf. auch eigens hiermit befaßte“ Mitarbeiter „intensiv beobachten“ lassen. Davon abgesehen, daß Arbeitnehmer technische Kontrolleinrichtungen der Kontrolle durch Personal nicht selten wegen deren Objektivität vorziehen, dürfte für sie ein System der „betriebsinternen Bespitzelung“ kaum angenehmer sein als eine offene Videoüberwachung. Die empfohlene Einführung eines reinen „Fernseh-Monitorings“ wird regelmäßig nicht durchführbar sein, weil eine „Live-Beobachtung“ der Belegschaft rund um die Uhr weitaus mehr Ressourcen verschlingt als ein gezieltes Abspielen von Bandaufnahmen und zudem der Arbeitgeber im Prozeß auf einen unsicheren Zeugenbeweis (Vernehmung des Beobachters) angewiesen wäre.
- 62** In die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dringt das BAG dann schließlich auch vor, wenn es dem Arbeitgeber abschließend vorschlägt, er könne das „unübersichtliche“ Verteilerzentrum doch auch umbauen.
- 63** (5) Deutlich die Gewichte in Richtung einer Beteiligung im unternehmerisch-wirtschaftlichen Bereich verschiebt das BAG schließlich in einer jüngeren Entscheidung zur wirtschaftlichen Vertretbarkeit des Sozialplans (§ 112 Abs. 5 S. 1 und S. 2 Nr. 3 BetrVG) vom 6.5.2003.⁶⁰ Danach hat die in § 112 Abs. 5 S. 1 BetrVG geforderte Beachtung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit der Entscheidung der Einigungsstelle für das Unternehmen lediglich eine Korrekturfunktion gegenüber den vorrangig zu berücksichtigenden sozialen Belangen der betroffenen Arbeitnehmer, weshalb sie nur eine „äußerste Grenze“ des Gesamtbetrags der Sozialplanleistungen vorgibt. Bei wirtschaftlich schwachen Unternehmen sind daher auch einschneidende Belastungen bis an den Rand der Bestandsgefährdung möglich. In diesem Zu-

59 Zu Recht kritisch: *Hunold*, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, BB 2005, 108, 108; *Ehmann*, Anmerkung zu BAG vom 29.6.2004, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41.

60 BAG vom 6.5.2003 – 1 ABR 11/02 – NZA 2004, 108 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 161. Im Ergebnis zurückhaltender aber BAG vom 24.8.2004 – 1 ABR 23/03 – NZA 2005, 302. Dort hielt das BAG einen Sozialplan, der nach Ansicht des Betriebsrats erheblich unterdotiert war, für akzeptabel, weil er immerhin eine substantielle Milderung der für die Arbeitnehmer entstandenen Nachteile vorsah.

sammenhang spielt neben dem Verhältnis von Aktiva und Passiva und der Liquiditätslage eines Unternehmens insbesondere eine Rolle, welche Einsparungen für das Unternehmen mit der Betriebsänderung verbunden sind, deren Nachteile für die Arbeitnehmer der Sozialplan kompensieren soll.

Daraus folgert das BAG, daß ein Sozialplanvolumen in der Höhe dann vertretbar ist, wenn eine Investitionsrechnung zeigt, daß die Durchführung der Betriebsänderung trotz des Sozialplans günstiger oder zumindest gleichgünstig wie ein Verzicht auf sie ausfällt. Im Fall setzte die Einigungsstelle das Gesamtvolumen des Sozialplans auf 3,2 Mio. DM fest. Dem standen Einsparungen durch die getroffenen Maßnahmen von etwa 1,6 Mio. DM jährlich gegenüber. Mithin trat der Amortisationseffekt – eine ansonsten gleichbleibende Ertragslage des Unternehmens einmal unterstellt – immerhin nach zwei Jahren ein. Wenngleich die Amortisationsgrenze wohl besser bei einem Jahr verortet würde,⁶¹ mag man das durchaus noch akzeptieren. Bedenklich ist aber, daß der durch das BAG abstrakt formulierte Rechtsgrundsatz gerade keine solche maximale Zeitgrenze vorschreibt, sondern vielmehr einen Ewigkeitseffekt zuläßt, in dessen Folge sich die Betriebsänderung zu keinem Zeitpunkt mehr rechnen würde.

Zwar verpflichtet der Gesetzgeber den Arbeitgeber, im Rahmen seiner Investitionsentscheidung die Erstellung eines Sozialplans zu berücksichtigen. Bedenklich wird dies aber dann, wenn der Sozialplan nicht mehr alleine die sozialen Folgen der Betriebsänderung abfedert, sondern die ihr zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung, das Ertragsergebnis zu verbessern, nur noch eingeschränkt hinzunehmen bereit ist und diese so sehr verteuert, daß sie nicht mehr durchführbar wird. Insoweit lohnt ein Blick auf die Details des Sachverhalts. Die Arbeitgeberin – bei ihr handelt es sich um jene schleswig-holsteinische Rheuma-Klinik, die bereits im Kündigungsschutzrecht viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat⁶² – erwirtschaftete Fehlbeträge zwischen 4,57 Mio. DM im Jahr 1995 und 2,69 Mio. DM im Jahr 1999. Das Gesamtvolumen des Sozialplans bemaß sich auf 3,2 Mio. DM. Dem standen Einsparungen durch die getroffenen Maßnahmen von etwa 1,6 Mio. DM jährlich gegenüber. Für das Jahr 2001 war – ohne Berücksichtigung der Sozialplanverbindlichkeiten – ein Minussaldo von 2,6 Mio. DM prognostiziert. Dieser wäre durch die auszahlenden Sozialplanmittel auf 5,8 Mio. DM angewachsen, so daß Illiquidität eingetreten wäre.

Dabei kommt hinzu, daß das BAG in dieser Entscheidung letztlich sogar eine Überprüfung der Zweckmäßigkeit der unternehmerischen Entscheidung vornimmt,⁶³ was sich die Rechtsprechung ansonsten ja versagt hat. So moniert es etwa, daß die Arbeitgeberin im Hinblick auf ihre Liquidität nicht dargelegt habe, weshalb im Mai 2001 die Tilgung des aufgenommenen Darlehens um 1,5 Mio. DM zwingend erforderlich war. Das Kreditvolumen sei auf 30 Mio. DM zurückgeführt worden, obwohl noch

61 *Lessner*, Anmerkung zu BAG vom 6.5.2003, SAE 2004, 257, 262.

62 BAG vom 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124.

63 *Lessner* (Fn. 61), SAE 2004, 257, 262; ähnlich: *B. Gaul*, Wirtschaftliche Vertretbarkeit eines Sozialplans, DB 2004, 1498, 1501.

zu Beginn des Jahres 2000 eine Kreditlinie von 36,5 Mio. DM vereinbart war. Ebenso wenig habe die Arbeitgeberin dargelegt, weshalb es ausgeschlossen war, zur kurzfristigen Liquiditätsbeschaffung gegebenenfalls Teile des in Sachanlagen angelegten Vermögens kurzfristig zu veräußern.

b. Einige grundlegende Bemerkungen zu Umfang und Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Arbeitsrecht

- 67** Die danach notwendige Neujustierung von Umfang und Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit stellt einen ganz gewichtigen Baustein für eine Reform des Betriebsverfassungsrechts „von innen her“ dar.
- 68** Man wird einwenden, die bloße Forderung nach der grundsätzlichen Akzeptanz der unternehmerischen Entscheidung sei doch nicht mehr als ein bloßer Programmsatz mit appellativer Wirkung. Wäre es nicht besser, die Rechtsprechung durch eindeutige gesetzgeberische Vorgaben zu mehr Zurückhaltung in diesem Bereich anzuhalten? Nur: in Randbereichen mag das vielleicht gelingen, nicht aber im Betriebsverfassungsrecht insgesamt. So ließe sich etwa im Bereich der Mitbestimmung bei Betriebsänderungen (§§ 111 ff. BetrVG) in das BetrVG aufnehmen, daß dem Betriebsrat kein Unterlassungsanspruch⁶⁴ gegen die Durchführung einer solchen vor dem Abschluß von Verhandlungen über einen Interessenausgleich zustehen soll.⁶⁵ Eine entsprechende – je nach Sichtweise – Klarstellung oder Einschränkung der Mitbestimmung ist in der Tat mit dem berühmten Federstrich des Gesetzgebers erreichbar. Für den übergroßen Rest der Betriebsverfassung gilt das aber nicht. Hier kann es der Gesetzgeber mit einer Normierung von Appellsätzen versuchen („Du sollst dem Arbeitgeber keine bessere Unternehmenspolitik vorschreiben!“), die für den Einzelfall wenig aussagekräftig sind. Oder aber er muß ein unüberschaubares Regelungsdickicht schaffen, gleichsam ein preußisches allgemeines Arbeitsrecht. Das aber wird nicht nur alles andere als transparent ausfallen. Vielmehr wird noch am Tag seines Inkrafttretens in der betrieblichen Praxis das erste Problem auftauchen, das im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht werden konnte und schon beginnt der Regulierungskreislauf von neuem.
- 69** Es ist aber auch keineswegs so, daß das Werben für mehr Zurückhaltung im Bereich der Unternehmenspolitik nur appellativen Charakter hätte. Vielmehr geht es – das scheint mir nicht zuletzt eine Herausforderung für Wissenschaft und Lehre darzustellen – darum, wieder das Bewußtsein dafür zu schärfen, daß der Kernbestand der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit kein Ausfluß abstrakter Gelehrsamkeit ist, sondern daß darauf die marktwirtschaftliche Ordnung ruht.
- 70** Deshalb halte ich es übrigens auch nicht für günstig, daß in diesem Bereich so stark auf verfassungsrechtliche Überlegungen ausgewichen wird. Verfassungsrechtliche Begründungen sind dehnbar, letztlich Überzeugungssache, daher eine Frage des Standpunkts und damit relativierbar.

64 Zum Unterlassungsanspruch s. nur *Fitting* (Fn. 4), § 111 Rn. 132 f.

65 Etwa: *Bauer*, (Fn. 3) NZA 2005, 1046, 1047: „§ 111 S. 4 BetrVG: Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Pflichten nach Satz 1 richten sich ausschließlich nach § 113.“

Niemand wird bestreiten, daß die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch die Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 GG abgesichert ist. So fest dieses Ergebnis aber auch immer zu stehen scheint, so sehr gerät es durch stets mögliche konkordante Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern ins Wanken. Die Betriebsverfassung ist in ihrer konkreten Ausgestaltung zwar gerade nicht grundsätzlich abgesichert. Dem Gesetzgeber steht zunächst einmal die Entscheidung frei, auf welchem Niveau er die Mitbestimmung verwirklicht sehen will.⁶⁶ Doch stellt die Teilhabe der Belegschaft am betrieblichen Entscheidungsprozeß eine verfassungspolitische Wertentscheidung dar,⁶⁷ die zumindest mittelbar im Sozialstaatsprinzip verankert ist. Geht es um die Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Belegschaft (wie etwa im Videofall), kommt der Schutzauftrag der Grundrechte (Berufsfreiheit, freie Entfaltung der Persönlichkeit etc.) hinzu. Damit besteht jedenfalls eine Verpflichtung des Gesetzgebers, der Arbeitnehmerschaft eine insgesamt funktionsfähige Betriebsverfassung bereitzustellen. Folglich kommt dem Staat das Recht bzw. die Aufgabe zu, in einzelnen Regelungsangelegenheiten die Mitbestimmung gegebenenfalls auch zu Lasten der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu eröffnen. Dies gilt natürlich umso mehr, als dem Gesetzgeber im Bereich der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen traditionell ein großer Gestaltungsspielraum zusteht. Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen zu entscheiden, welche Maßnahmen er dort ergreifen will. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten kann in diesem Bereich erst dann festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, daß in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.⁶⁸

Man sollte also sein Glück nicht im verfassungsrechtlichen „Goldgräbertum“ (Zöllner) suchen. Vielmehr muß transparent werden, daß der Grundsatz der Freiheit der wirtschaftlichen Entscheidung nicht Ergebnis eines abstrakten juristischen Diskurses ist, sondern vielmehr die elementare Voraussetzung für jede wirtschaftliche Unternehmung darstellt. Ohne die Freiheit der Entscheidung, welche Größe das Unternehmen haben soll, was sein Gegenstand sein soll und auf welche Art und Weise bestimmte Arbeiten mit wie vielen Mitarbeitern ausgeführt werden sollen, ist ein Wirtschaften nicht möglich. Das schließt natürlich nicht aus, daß der Staat einer wirtschaftlichen Betätigung Grenzen setzen kann und selbstredend besteht im gesamten Wirtschaftsrecht eine große Zahl staatlicher Zwangsvorgaben. Das pharmazeutische Unternehmen muß ebenso bestimmte Umweltstandards einhalten, wie der Betreiber einer gefährlichen Anlage bestimmte Sicherheitsstandards zu beachten hat. Beide werden aber gerade nicht gezwungen, ein Unternehmen der

66 S. nur BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – BVerfGE 50, 290, 349 = AP MitbestG § 1 Nr. 1; BVerfG vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76 – BVerfGE 52, 283, 298 = AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 14.

67 Kittner/Däubler/Klebe/Däubler (Fn. 26), Einl. Rn. 38 ff.

68 S. nur BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2289/03 u 2504/03 u 2582/03 – NZA 2005, 153 = AP AEntG § 3 Nr. 2; 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – AuR 2001, 777 = AP BUrlG § 10 Kur Nr. 2; 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 u 897/95 – NZA 1999, 992; BAG 20.8.2002 – 6 AZR 317/01 – NZA 2003, 107 = AP EG Art. 39 Nr. 12; 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – NZA 2003, 1392 = AP TzBfG § 8 Nr. 2; 28.2.2002 – 9 AZR 710/00 – NZA 2003, 510 = AP BGB § 611 Teilzeit Nr. 39.

Pharmabranche mit bestimmter Größe zu führen oder überhaupt eine bestimmte gefährliche Anlage zu betreiben. Das zeigt auch ein Blick zu den „normalen“ und inzwischen ja auch recht zahlreichen privatrechtlichen Kontrahierungszwängen (um nur einige wenige zu nennen: ex § 826 BGB, §§ 33 i.V.m. 19 Abs. 4, 20 Abs. 1 u 2 GWB, §§ 17 ff., 33 TKG, § 61 UrhG, §§ 6, 11, 12 UrhWahrnG, § 24 Abs. 1 PatG, § 20 GebrMG, § 8 PostG, § 10 EnergieWG).

- 73** Sie alle verpflichten den Unternehmer nur, im Rahmen seines bestehenden und von ihm auch weiterhin autonom definierten Geschäftsbetriebs, einen bestimmten Geschäftskontakt aufzunehmen oder aufrechtzuerhalten. Dem städtischen Elektrizitätswerk wird auf Grund seiner Monopolstellung vielleicht auferlegt, ein weit entferntes Anwesen zu versorgen, obgleich es dies ansonsten nicht oder jedenfalls nicht zu für den Bewohner erschwinglichen Preisen tun würde. Ihm wird aber nicht gesagt, ob es den betreffenden Strom tags oder nachts, mit Wasserkraft oder per Solarenergie zu produzieren hat. Und noch weniger käme der Zivilist auf die Idee, dem Elektrizitätswerk aufzugeben, den Einsiedler auch gleich noch mit Wasser und Telekommunikationsdienstleistungen zu versorgen, ist es doch schon einmal vor Ort.
- 74** Überdeutlich wird der Umstand, daß das Arbeitsrecht nicht in der Lage ist, dem Unternehmer die Aufrechterhaltung oder Einrichtung eines bestimmten Geschäftsbetriebs oder Betriebsablaufs vorzuschreiben natürlich dann, wenn dieser insgesamt nicht mehr willens ist, seinen Betrieb fortzuführen. Das führt jede Betriebsstillegung aufs neue vor Augen, auch wenn dies vielleicht nicht immer so deutlich wird wie etwa im Fall der (geplanten) Schließung des Infineon-Werks München-Perlach.⁶⁹ Gewerkschaft und Arbeitnehmervertretungen hatten dort Pläne erarbeitet, die den Nachweis erbringen sollten, daß der Betrieb entgegen der Ansicht der Konzernspitze wieder in die Gewinnzone gebracht und entsprechend fortgeführt werden könne. Insbesondere wurde eine Weiterführung durch den Erfurter Chip-Hersteller F-Lab angedacht, der sich zuvor in der Tat an dem Betrieb interessiert zeigte. Zur Durchsetzung dieser Pläne wurden „Arbeitskämpfe“ angekündigt. Infineon konterte mit dem Angebot, den Betrieb unter Zuzahlung eines hohen zweistelligen Millionenbetrags an einen potentiellen Aufkäufer zu verschenken, ohne daß sich ein solcher später gefunden hatte. Was hätte dann aber eine an die unternehmerische Grundentscheidung anknüpfende erzwingbare Mitbestimmung bewirken können?
- 75** Wie sehr die Frage nach der Freiheit der Unternehmerentscheidung aus dem allgemeinen Blickwinkel geraten ist, mag abschließend ein Beispiel – ausnahmsweise – aus dem individuellen Arbeitsrecht verdeutlichen, nämlich die Entscheidung des BAG zum Anspruch einer Orchestermusikerin auf Teilzeit vom 27.4.2004.⁷⁰ Formal hat das BAG bekanntlich den Teilzeitanspruch des Arbeitnehmers aus § 8 TzBfG an das Kündigungsschutzrecht angeglichen, wo die Unternehmerentscheidung, auf der die Kündigung beruht, nicht der Zweckmäßigkeitkontrolle durch die Arbeitsgerichte unterliegt. Rein tatsächlich aber hat der 9. Senat im Teilzeitrecht das Tor weit zu einer Kontrolle einer unternehmerischen Grundentscheidung aufgestoßen. So nimmt der Senat schon bei der Beurteilung, ob ein unternehmerisches Konzept besteht, das

69 FAZ v. 15.9.2005, S. 19.

70 BAG vom 27.4.2004 – 9 AZR 522/03 – NZA 2004, 1225.

den Teilzeitwunsch ausschließt – trotz seiner gegenteiligen Bekundung – offen eine Zweckmäßigkeitkontrolle der Unternehmerentscheidung vor und diskutiert etwa die Sinnhaftigkeit eines pädagogischen Konzepts, wonach in einem Kindergarten jedes Kind von maximal nur einem Erzieher betreut werden soll⁷¹ oder die Frage, ob während der Schicht eines Getränkedosenherstellers wirklich zwei Betriebselektriker anwesend sein müssen.⁷² Auch berücksichtigt das BAG den Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers selbst dann, wenn dieser dem betriebsorganisatorischen Arbeitszeitkonzept des Arbeitgebers eigentlich widerspricht, indem es dem Arbeitgeber mögliche Änderungen von betrieblichen Abläufen aufzeigt, durch die dem Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers doch noch Rechnung getragen werden kann.⁷³ Vor allem aber nimmt der 9. Senat – ganz anders als der 2. Senat im Kündigungsschutzrecht – eine intensive Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers an der Durchsetzung seines Teilzeitwunsches und denen des Arbeitgebers an der Beibehaltung seines Arbeitszeitkonzepts vor. Im Ergebnis läßt der Senat daher – dem Gesetzeswortlaut entgegengesetzt – nur betriebliche Ablehnungsgründe zu, die von hinreichendem Gewicht sind und zwar auch nur dann, wenn sie durch den Teilzeitwunsch wesentlich beeinträchtigt werden.⁷⁴

In der Orchestermusikerentscheidung gelangt der Senat nun zu dem Ergebnis, daß dem Teilzeitwunsch eines Arbeitnehmers auch künstlerische Belange entgegenstehen könnten, die auch subjektiver Natur sein könnten (im Fall trug der Arbeitgeber vor, durch eine Teilzeitbeschäftigung einer Bratschistin nehme die Klangkultur des Orchesters Schaden, weil zu ihrer Vertretung häufig Aushilfen organisiert werden müßten). Da Art. 5 Abs. 3 S 1 GG auch künstlerische Vorstellung schütze, dürften allerdings an die Darlegung der Beeinträchtigung der Kunstfreiheit durch die verlangte Verringerung der Arbeitszeit keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Es müsse daher ausreichen, wenn die vorgebrachten Gründe „nachvollziehbar“ sind. **76**

Das hört man sicher gerne. Wie aber kann es dann sein, daß „gewöhnliche“ betriebliche Belange den Teilzeitwunsch erst überwiegen, wenn sie „hinreichend gewichtig“ bzw. durch den Teilzeitwunsch „wesentlich“ beeinträchtigt werden? Ist die Kunstfreiheit mehr geschützt als die unternehmerische Entscheidungsfreiheit? Darf der Theaterleiter weiter gehen als der Inhaber eines mittelständischen Zerspanntechnikunternehmens? Warum greift der Senat denn überhaupt auf die Kunstfreiheit **77**

71 BAG vom 19.8.2003 – 9 AZR 542/02 – AP TzBfG § 8 Nr. 4; ebenso: BAG vom 18.3.2003 – 9 AZR 126/02 – NZA 2004, 1064. Die Aufzählung ließe sich um weitere Beispiele ergänzen, wovon hier abgesehen werden soll, s. dazu: *Bayreuther*, Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Spiegel der aktuellen BAG-Rechtsprechung zum Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, DB 2004, 1726, 1728.

72 BAG 14.10.2003 – 9 AZR 636/02 – NZA 2004, 975, 978 = AP TzBfG § 8 Nr. 6.

73 Kritisch daher zu dieser Rechtsprechung: *Kaiser*, Die Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingten Kündigungen, NZA Beilage 2005, 31, 34 Fn. 29; *Klebeck*, Anmerkung zu BAG vom 18.2.2003, SAE 2004, 92; *Bayreuther* (Fn. 71), DB 2004, 1726.

74 BAG vom 20.7.2004 – 9 AZR 626/03 – NZA 2004, 1090, 1093 = AP TzBfG § 8 Nr. 11; 27.4.2004 – 9 AZR 522/03 – NZA 2004, 1225, 1228 = AP TzBfG § 8 Nr. 12; BAG 18.5.2004 – 9 AZR 319/03 – NZA 2005, 108 = AP AVR Caritasverband Anlage 5 Nr. 3; BAG vom 30.9.2003 – 9 AZR 665/02 – NZA 2004, 382, 383 = AP TzBfG § 8 Nr. 5; BAG vom 19.8.2003 – 9 AZR 542/02 – AP TzBfG § 8 Nr. 4; 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – NZA 2003, 1392, 1395 = AP TzBfG § 8 Nr. 2.

zurück? An sich sollte doch genügen, daß es das unternehmerische Konzept des Staatstheaters vorsieht, daß nur derjenige Vorstellungsdienste leistet, der auch an den Proben teilnimmt. So hinterläßt die Entscheidung den Eindruck, als sei die Freiheit unternehmerischer Entscheidungen nur noch ein Grundrecht von zweitrangigem Stellenwert.

III. Institutionelle Strukturierungsmöglichkeiten

1. Die Ausgangslage im Betriebsverfassungsrecht für Reformen ist günstig

- 78** Ziel der vorliegenden Untersuchung ist zwar aufzuzeigen, daß die Herstellung von mehr Transparenz im Arbeitsrecht nicht erzwingt, einzelne Rechtsgebiete des Arbeitsrechts in seinen strukturellen Grundlagen zu reformieren. Dessen ungeachtet finden sich aber im Betriebsverfassungsrecht sehr wohl einzelne Regelungen, die reformbedürftig erscheinen. Auf die Notwendigkeit einer Neufassung des § 99 BetrVG wurde bereits hingewiesen.⁷⁵ Auf weitere Ansatzpunkte für eine Deregulierung der Mitbestimmung *de lege ferenda* soll nachfolgend kurz eingegangen werden.
- 79** Dabei ist die Ausgangslage für eine gesetzgeberische Reform im Betriebsverfassungsrecht wesentlich günstiger als etwa im Kündigungsschutz- und Tarifvertragsrecht. Denn dort bewirken selbst geringfügige Modifikationen rasch einen partiellen Systemwechsel. So dürfte etwa eine weitere Anhebung der Arbeitnehmerzahl im Rahmen der Kleinbetriebsklausel oder der Übergang zu einer Abfindungslösung sozialpolitisch nur schwer vermittelbar sein (beides ist aus meiner Sicht auch nicht empfehlenswert). Die auch nur partielle Verlagerung der Lohnfindungsmechanismen auf die betriebliche Ebene (Stichwort „betriebliche Bündnisse für Arbeit“) kann leicht zu einem Paradigmenwechsel im Tarifrecht mit letztlich nur schwer kalkulierbaren Folgen für den Wirtschaftsstandort Deutschland führen.
- 80** Ganz anders liegen die Dinge im Betriebsverfassungsrecht. Einzelne Deregulierungen im Betriebsverfassungsrecht führen noch lange zu keinem Richtungswechsel und erst recht nicht zu einer massiven Absenkung des arbeitsrechtlichen Schutzstandards. Denn den Belegschaften bleiben dessen ungeachtet ja echte Beteiligungsrechte erhalten. Sie stehen dem Arbeitgeber deshalb ja keineswegs schutzlos gegenüber (ganz anders als etwa Arbeitnehmer kleinerer Betriebe, würde die Kleinbetriebsklausel weiter angehoben werden, die dann nur noch in den Genuß des „allgemeinen“ Kündigungsschutzes nach den §§ 242, 138 BGB gelangen). Schließlich wirft eine Reform der Betriebsverfassung auch nicht annähernd die verfassungsrechtlichen Probleme auf, die mit einer Reform des Kündigungsschutz- oder des Tarifvertragsrechts verbunden sind. Die Betriebsverfassung ist, zumal in ihrer konkreten Ausgestaltung, erheblich weniger grundrechtlich gesichert⁷⁶ als etwa die Tarifautonomie oder auch der Kündigungsschutz, zumindest als es dort um die Bereitstellung eines Mindestbestandsschutzes für den Arbeitnehmer geht.

75 Oben II. 3. b.

76 S. oben II. 4. b.

2. Der Betriebsrat ist dem Arbeitgeber lieb und teuer – zu den Kosten von Betriebsratsarbeit

So unterschiedlich die Vorschläge für eine Reform der Betriebsverfassung im einzelnen auch immer ausfallen, in einem Punkt decken sie sich doch: Betriebsratsarbeit ist für viele Arbeitgeber zu teuer. Das gilt keineswegs nur für kleinere und mittlere Betriebe. Jüngst hat etwa *Ihno Schneevogt*, Personalvorstand der Allianz AG, dargelegt, daß die Kosten der betrieblichen Mitbestimmung im gesamten Konzernbereich jährlich etwa 40 bis 50 Mio. € betragen (hinzu kommen 4 Mio. € für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat).⁷⁷ Es geht dabei um die Finanzierung der Arbeit von ca. 1.600 Betriebsräten, davon 135 freigestellten, denen 850 Personen auf personeller Leitungsebene gegenüberstehen. Insgesamt vertritt der Betriebsrat 75.000 Arbeitnehmer. Das mag für einen großen und finanzkräftigen Konzern noch hinnehmbar sein,⁷⁸ für kleinere und mittlere Betriebe werden die Betriebsratskosten indes zuweilen zur wirtschaftlichen Belastungsprobe. Daher seien zwei Überlegungen, die zu einer Senkung der Kosten der Betriebsratsarbeit beitragen könnten, hier knapp skizziert:

(1) Zunächst wäre eine Verkleinerung der Zahl der freizustellenden Betriebsräte, zumindest in kleineren Betrieben, ins Auge zu fassen. Empfehlenswert wäre eine Herstellung der vor der Novelle 2001 geltenden Rechtslage.⁷⁹

Allerdings darf man alleine an die Anhebung der Freistellungsgrenze des § 38 Abs. 1 BetrVG nicht die Erwartungen großer Einsparungen knüpfen. Offenbar nehmen in Betrieben mit 200 bis 299 Arbeitnehmern nur 50% der Betriebsräte das Freistellungsrecht in Anspruch; Betriebsräte in Betrieben bis 3.000 Arbeitnehmern belassen es sogar häufig bei den Freistellungen im Umfang des BetrVG 1972.⁸⁰ Auch dürfen die Kosten, die mit der Freistellung eines Betriebsratsmitglieds in kleineren Betrieben verbunden sind, nicht überschätzt werden. So verursacht die Freistellung eines Betriebsrats in einem Betrieb mit 200 Arbeitnehmern zwar einen Kostensprung von etwa 0,5% der Lohnsumme. Diese Kosten können aber nicht alleine dadurch abgefangen werden, indem die Freistellungsgrenze schlicht angehoben wird, weil dann die nicht freigestellten Mitglieder vermehrt Betriebsratsaufgaben übernehmen, wodurch sie von der Arbeit abgehalten werden, was natürlich ebenfalls Kosten verursacht.

Zu einem wirklich durchdringenden Erfolg gelangt man also nur mit einer echten Koordinatenverschiebung im Bereich der Organisationsstruktur. Es muß nicht nur die Anzahl der Betriebsräte insgesamt herabgesetzt werden; vielmehr müssen die Aufgaben des Betriebsrats eben auch eindeutiger definiert werden. Vor allem aber empfiehlt es sich, ein Gesamtvolumen an Freistellungszeit festzulegen. Dem Betriebsrat steht dabei frei, wie er das ihm zur Verfügung stehende Kontingent verteilen will, ob er also (im Rahmen der gesetzlichen Freistellungsgrenzen) einzelne

77 *Schneevogt* (Fn. 1), ZfA 2005, 233, 241.

78 *Schneevogt* (Fn. 1), ZfA 2005, 233, 241 ist insoweit naturgemäß anderer Ansicht und verweist auf die ansonsten sehr knappe Kalkulation des Unternehmens.

79 *Buchner* (Fn. 3), DB 2003, 1510, 1515.

80 *Behrens*, Wie gut kehren neue Besen?, WSI-Mitteilungen 2003, 167, 171 f.

Mitglieder ganz von der Arbeit freistellen oder die Arbeit des Betriebsrats gleichmäßig auf mehrere Köpfe verteilen will. So ließe sich übrigens auch verhindern, daß nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder zeitaufreibende Administrationsaufgaben wahrnehmen, die durchaus auch von ihren freigestellten Kollegen erbracht werden könnten.

- 85** (2) Die Regelung des § 40 BetrVG, wonach der Arbeitgeber auf den Einzelfall bezogen den Kosten- und Sachaufwand des Betriebsrats trägt, sollte zu Gunsten eines in seiner Höhe gesetzlich festgelegten Globalbudgets aufgegeben werden. Auch hier ist der Betriebsrat in der Verfügung über das Gesamtbudget frei. Damit ließe sich unter anderem dem leidigen Problem „Schulungskosten“ gut beikommen. Seminarveranstaltungen für Betriebsräte sind insgesamt relativ teuer, zumal an ihnen häufig gleich ganze Gremien teilnehmen. Wengleich der 7. Senat des BAG sich eher zurückhaltend mit der Annahme der „Erforderlichkeit“ einer Schulung i.S.d. § 37 Abs. 6 BetrVG zeigt,⁸¹ wird der Schulungsaufwand insgesamt immer höher, da häufiger Schulungen auch in Themenbereichen außerhalb der klassischen Kernkompetenzen des Betriebsrats verlangt werden.⁸² Dabei haben Schulungsveranstaltungen bei Arbeitgebern vielleicht noch nicht einmal deshalb ein Negativimage, weil sie teuer und zeitaufwendig sind, sondern vielmehr auch, weil sie häufig von gewerkschaftlichen Bildungsträgern durchgeführt werden. Beim Arbeitgeber entsteht so der Eindruck, er finanziere Gewerkschaftsarbeit mit. Auch dies trägt dazu bei, daß vom Betriebsverfassungsrecht jener oben angesprochene subjektiv begründete „Zermüpfungsfaktor“ ausgeht. Genau im Hinblick darauf wäre schließlich zu diskutieren, ob in das Globalbudget auch die dem Betriebsrat bei Rechtsstreitigkeiten mit dem Arbeitgeber entstehenden Kosten einzubeziehen sind. Denn auch insoweit ist vielen Arbeitgebern nicht vermittelbar, warum sie in einem gegen ihn geführten Rechtsstreit nicht nur die eigenen Kosten, sondern auch die der Gegenseite tragen sollen. Das gilt umso mehr, als die Kosten von Beschlußverfahren angesichts der bei vielen Gerichten verbreiteten großzügigen Wertfestsetzung nicht selten hoch ausfallen.

3. Formale Befristung von Entscheidungsprozessen und vorläufiges Durchführungsrecht des Arbeitgebers

- 86** Wichtiger noch als eine Reduzierung der Kosten der Betriebsratarbeit erscheint eine Befristung formaler Prozesse mit dem Ziel, betriebliche Mitbestimmungsverfahren zu beschleunigen.

81 S. zuletzt etwa BAG vom 4.6.2003 – 7 ABR 42/02 – NZA 2003, 1284 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 136: Die Vermittlung allgemeiner Grundkenntnisse des Sozial- und Sozialversicherungsrechts ist nur dann erforderlich, wenn ein konkreter betriebsbezogener Anlaß besteht.

82 So fanden sich auf eine Internetanfrage bei einem einschlägigen Anbieter neben den schon fast klassischen Rhetorik- und Kommunikationsseminaren und Veranstaltungen zur Internet- und Intranetnutzung für Betriebsräte Seminare zu den Themen: Mobbing, Bullying und Bossing, Alkohol und Sucht – erkennen und helfen, Zeit-, Selbst- und Teammanagement, Konflikte im Betrieb – erkennen, lösen und verhindern. Der Seminarpreis betrug jeweils (ohne Unterkunfts-kosten) knapp 1.110 €.

a. Befristung des Interessenausgleichs im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten

Relativ leicht fällt dies im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten, weil hier nur auf die Regelung des § 113 Abs. 3 S. 2 und 3 BetrVG in der Fassung des Art. 5 des arbeitsrechtlichen Gesetzes zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung vom 25.9.1996 zurückgegriffen werden braucht.⁸³ Danach lag ein hinreichender Interessenausgleichsversuch vor, wenn nicht innerhalb von zwei Monaten nach Beginn der Beratungen oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme der Beratungen ein Interessenausgleich zu Stande gekommen war, wobei die Frist spätestens einen Monat nach Anrufung der Einigungsstelle endete. Damit würde dem Betriebsverfassungsrecht wieder jene Flexibilität zurückgegeben, die ihm das Bundesarbeitsgericht durch seine restriktive Interpretation des Tatbestandsmerkmals des „Scheiterns des Versuchs eines Interessenausgleichs“ genommen hat. Diese zwingt den Arbeitgeber bekanntlich ja dazu, von sich aus die Einigungsstelle anzurufen und abzuwarten, bis ein Interessenausgleich (meist samt Sozialplan) abgeschlossen wird oder (im Ergebnis) deren Vorsitzender das Scheitern des Interessenausgleichs feststellt.⁸⁴

87

b. Verkürzung der Verfahren im Bereich sozialer Angelegenheiten

Weitaus wichtiger erscheint indes eine Verkürzung der Dauer von Entscheidungsprozessen im Rahmen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG. Denn genau in diesem Bereich können sich leicht gravierende betriebliche Drucksituationen auf tun, wenn der Arbeitgeber im Hinblick auf die Marktsituation (etwa: erforderliche Produktumstellung, kurzfristig steigende Nachfrage, Auftragsüberhang, veränderte Kundenwünsche etc.) dringend darauf angewiesen ist, Änderungen im Betriebsablauf vorzunehmen.

88

So dringlich aber die Forderung nach einer Beschleunigung des Einigungsverfahrens im Bereich sozialer Angelegenheiten erscheint, so schwer ist eine solche durch gesetzliche Vorgaben zu erzielen. Denn anders als im Bereich der § 111 ff. BetrVG kann im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten keine an einen bestimmten Zeitablauf geknüpfte Fiktionswirkung eintreten. Dem Betriebsrat kommt im Bereich der §§ 111 ff. BetrVG ja nur die Möglichkeit zu, die unternehmerische Entscheidung zu flankieren. Dagegen kann er auf die eigentlich entscheidende Frage, ob, wann und wie sie umgesetzt wird, keinen Einfluß nehmen. Er gewinnt mit dem Interessenausgleich lediglich die Chance, auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers einzuwirken. Deshalb fällt es dort leicht, dem Arbeitgeber seine volle Handlungsbefugnis nach einer gewissen Zeit wieder zurückzugewähren. Im Bereich der sozialen Mitbestimmung liegen die Dinge naturgemäß völlig anders. Denn dort ist die Beteiligung des Betriebsrats nicht nur eine zwingende Voraussetzung für die

89

83 BGBl. 1996 I., S. 1476. Entsprechende Forderungen sind häufig erhoben worden, s. nur: *Heinze* (Fn. 3), *FS Wiese*, 161, 167; *Bauer* (Fn. 3), *NZA* 2005, 1046, 1050 f.; *Buchner* (Fn. 3), *DB* 2003, 1510, 1515; *Adomeit* (Fn. 2), *NJW* 2001, 1033, 1034.

84 BAG 18.12.1984 – 1 AZR 176/82 – NZA 1985, 400 = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 11. Zur Kritik s. nur: *Stege/Weinspach/Schiefer*, BetrVG, 9. Aufl. (2002), §§ 111-113, Rn. 116 ff.

Durchführung der arbeitgeberseitigen Anordnung; vielmehr geht es bei den betreffenden Mitbestimmungstatbeständen darum, die Belegschaft vor überbordenden Anordnungen des Arbeitgebers zu schützen. Es scheidet daher zwingend aus, daß etwa einem Arbeitgeber, der eine in Art und Umfang weit in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer eingreifende Videoüberwachung vornehmen will, diese nur deshalb gestattet wird, weil der Betriebsrat sich mit ihm nicht innerhalb einer bestimmten Zeit auf einen Kompromiß verständigen konnte. Dabei kommt noch hinzu, daß die Regelungsgegenstände, um die im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG gestritten wird, zu vielfältig sind, als daß sich für ihre Erledigung eine starre Zeitgrenze setzen ließe.

- 90** Folglich bleiben nur Maßnahmen, die mittelbar zu einer Beschleunigung des Einigungsprozesses beitragen können.
- 91** (1) Hilfreich erscheint etwa eine Vereinfachung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zur Bestellung des Einigungsstellenvorsitzenden, indem dieses auf eine Instanz beschränkt wird. Große Beschleunigungseffekte werden davon allerdings nicht ausgehen, weil meist nicht alleine die Person des Einigungsstellenvorsitzenden umstritten ist, sondern auch grundsätzlich darüber gestritten wird, ob überhaupt eine Einigungsstelle einzurichten ist. Damit hängen aber wiederum – nicht selten schwierige – Rechtsfragen zusammen; dann kommt eine Beschränkung des Rechtsstreits auf eine Instanz kaum in Betracht. Davon abgesehen steht dem Arbeitgeber in „konfliktträchtigen“ Betrieben eine echte Alternative zur Verfügung, vorausgesetzt er ist selbst konflikt- und einigungsstellenbereit: Er braucht ja nur eine ständige Einigungsstelle nach § 76 Abs. 1 S. 2 BetrVG einzurichten.⁸⁵
- 92** (2) Gewisse Erwartungen dürften aber an die Festlegung eines Pauschalhonorars für die Einigungsstellenmitglieder (und insbesondere natürlich deren Vorsitzenden) anstelle zeitbezogener Vergütungen geknüpft werden.⁸⁶ Auch im Hinblick darauf kann die Forderung nach dem längst überfälligen Erlaß einer Kostenverordnung nach § 76a Abs. 4 BetrVG, die allgemeine Honorarhöchstsätze und dabei ggf. „Sonder tarife“ für Kleinunternehmen (s. § 76a Abs. 4 S. 5 BetrVG) vorsieht,⁸⁷ nur nachdrücklich unterstützt werden. Zudem erschiene eine Bindung der Einigungsstelle an einen vom Arbeitgeber oder Betriebsrat formulierten Regelungsauftrag, jedenfalls aber an den Tenor einer Einsetzungsentscheidung nach § 98 ArbGG,⁸⁸ empfehlenswert, um die Eröffnung immer neuer „Kriegsschauplätze“ zu vermeiden. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber das BetrVG insoweit nachbessern, als verbindliche Regeln für das Einigungsstellenverfahren einzuführen sind, die dieses inhaltlich, zeitlich und kostenmäßig für den Arbeitgeber kalkulierbar werden lassen.

85 *Gentz*, (Fn. 22), NZA 2004, 1011, 1013.

86 *Buchner*, Betriebsverfassungs-Novelle auf dem Prüfstand, NZA 2001, 633, 638.

87 *Seifert*, Arbeitsrechtliche Sonderregeln für kleine und mittlere Unternehmen – Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Mittelstands- und Arbeitnehmerschutz, RdA 2004, 200, 210.

88 So bereits für das geltende Recht: *Feudner*, Die betriebliche Einigungsstelle – ein unkalkulierbares Risiko, DB 1997, 826, 827; *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 4. Aufl. (2004), § 98 Rn. 31 m.w.N.; a.A. aber die wohl h.M. insb. das BAG, zuletzt etwa: BAG vom 28.5.2002 – 1 ABR 37/01 – NZA 2003, 171 = AP BetrVG1972 § 87 Urlaub Nr. 10.

Weiter ist dem Betriebsrat eine Äußerungsfrist entsprechend zu § 99 Abs. 3 BetrVG aufzuerlegen, innerhalb derer er sich nicht nur über die vorgesehene Maßnahme erklären, sondern im Fall deren Ablehnung auch eine angemessene und betriebsbezogene Begründung vortragen muß. Fehlt es daran, könnte dies entweder zur Unwirksamkeit der Ablehnung führen oder zumindest ein Recht des Arbeitgebers zur vorläufigen Durchführung der Maßnahme auslösen. **93**

(3) Zu diskutieren ist, ob der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats auch für Regelungsgegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 BetrVG auf den grundständigen (und eigentlich einzigen) betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG zurückgeführt werden sollte; er bliebe dann auf grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen das Beteiligungsrecht des Betriebsrats beschränkt, wodurch er auch wieder deutlich an Konturen gewinnen würde.⁸⁹ Übrigens verdeutlicht auch der allgemeine Unterlassungsanspruch jenen rechtsschöpferischen Impetus der Rechtsprechung,⁹⁰ der im zweiten Teil der Untersuchung kritisiert wurde. **94**

Zudem mag man über ein vorläufiges Entscheidungsrecht des Arbeitgebers in Eilfällen nachdenken, jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat nicht erreichbar ist.⁹¹ Alternativ oder kumulativ dazu könnte dem Arbeitgeber für die üblichen Konfliktlagen (der Betriebsrat ist erreichbar, verweigert aber seine Zustimmung) die Befugnis zur vorläufigen Durchführung jedenfalls von dringend erforderlichen Maßnahmen in Anlehnung an §§ 100 und 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG zuerkannt werden.⁹² Allerdings wären an die vorläufige Durchführung einer Maßnahme geeignete Sanktionen zu knüpfen, falls sich diese später als sach- oder rechtswidrig erweist. Will man nicht so weit gehen, müßte dem Arbeitgeber wenigstens die Möglichkeit eingeräumt werden, in besonderen Fällen beim Arbeitsgericht einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stellen zu können. **95**

(4) Zu verhindern ist, daß der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht zur Erzwingung von „Koppelungsgeschäften“ und materiellen Kompensationen anderweitiger Natur einsetzt. Namentlich eine durch die Einigungsstelle getroffene Regelung muß daher eine zweckgebundene Ausübung des Mitbestimmungsrechts erkennen lassen. Freilich läßt sich diese Forderung letztlich nur im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Überprüfung des Einigungsstellenspruchs (§ 76 Abs. 5 BetrVG) durchsetzen. **96**

(5) Schließlich bedarf es einer Entwirrung paralleler Organisationsstrukturen und Zustimmungsverfahren im Betriebsverfassungsrecht. Unter der geltenden Rechtslage bedarf es im diffusen Schnittbereich zwischen Betriebs-, Gesamt- und Konzernbetriebsrat einer klaren Kompetenzzuweisung an den örtlichen Betriebsrat. Der Gesamtbetriebsrat ist nur dann zuständig, wenn und soweit objektiv ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung **97**

89 *Bauer* (Fn. 3), NZA 2005, 1046, 1050.

90 *Söllner*, Das deutsche Arbeitsrecht – ein Schmuckstück mit Altersflecken, GS Heinze (2005), 867, 881.

91 *Worzalla*, Für die Zulässigkeit der einstweiligen Regelungsverfügung im Beschlussverfahren bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, BB 2005, 1737, 1737 f.

92 *Löwisch* (Fn. 3), BB 2005, Heft 31, Editorial; *Buchner* (Fn. 86), NZA 2001, 633, 638; .

besteht. Lediglich im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung mag diskutiert werden, ob die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats dadurch begründet wird, daß der Arbeitgeber zu einer Maßnahme nur unternehmenseinheitlich oder betriebsübergreifend bereit ist.⁹³

- 98** Ein weiter reichendes Fernziel wäre allerdings ein grundlegender Paradigmenwechsel hin zu einer Verlagerung der Betriebsverfassung auf die Unternehmensebene. In Unternehmen mit mehreren Betrieben hätte das deutliche Vereinfachungen zur Folge, weil Entscheidungen auf zentraler Leitungsebene getroffen und durch den Unternehmensbetriebsrat betriebsübergreifend flankiert werden könnten. Die Zahl der Arbeitnehmervertretungen würde reduziert; kostenintensive Doppelmitgliedschaften von Arbeitnehmern im Betriebs- und im Gesamtbetriebsrat entfallen. Schwierigkeiten in der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat würden ebenso vermieden wie Doppelzuständigkeiten zweier Betriebsräte (dazu sogleich).⁹⁴
- 99** Neben der Gremienvielfalt finden sich aber auch verfahrensrechtliche Doppelungen im BetrVG, die aufzulösen sind. So dürften bereits die §§ 15 KSchG, 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG Betriebsräten einen ausreichenden Kündigungsschutz gewähren. Die Zustimmungsregelung des § 103 BetrVG kann daher entfallen. Sie zwingt den Arbeitgeber häufig dazu, um bei ein- und derselben Kündigung zwei Rechtsstreitigkeiten in Folge zu führen: erst das Zustimmungsersetzungsverfahren, dann den kündigungsrechtlichen Individualprozeß. Auch hier muß sich der Blick wieder auf den eingangs getroffenen „Zermürbungsfaktor“ richten. Kann dem Arbeitgeber in einer kündigungsrechtlich eindeutig erscheinenden Situation (der Betriebsrat ist handgreiflich geworden, er hat unterschlagen etc.) vermittelt werden, warum er gegebenenfalls durch bis zu sechs Instanzen prozessieren soll, um diese durchzusetzen? Zwar hat das Zustimmungsersetzungsverfahren präjudizielle Wirkung für den späteren Individualprozeß.⁹⁵ Das wird aber am subjektiven Negativeindruck, den Arbeitgeber so über das Arbeitsrecht gewinnen, nicht viel ändern.
- 100** Ein weiteres Beispiel: Der Arbeitgeber muß einen Betriebsrat dringend versetzen, sein Direktionsrecht reicht individualrechtlich hierzu aber nicht aus. Der Arbeitgeber ist folglich auf den Ausspruch einer (ohnein ja nur sehr schwer durchzusetzenden) außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung angewiesen, für die er wiederum nach § 103 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats benötigt. Gleichzeitig muß der Betriebsrat der Versetzung nach § 99 BetrVG zustimmen. Der Betriebsrat könnte die Angelegenheit zuspitzen, indem er im Rahmen des 99-er Verfahrens argumentiert, die Versetzung sei gesetzeswidrig, weil es an der Zustimmung des Betriebsrats zur notwendigen Änderungskündigung nach § 103 BetrVG fehle, und im Rahmen des 103er-Verfahrens, die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt, weil dem Betriebsrat angesichts der fehlenden Zustimmung nach § 99 BetrVG der neue

93 Erfreulich weit in diese Richtung das BAG: BAG vom 26.4.2005 – 1 AZR 76/04 – NZA 2005, 892; BAG vom 9.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234 = AP BetrVG 1972 § 87 Nr. 1.

94 *Löwisch*, Betriebsverfassung in der Wirtschaft der Gegenwart, DB 1999, 2209, 2210 f.

95 *Fitting* (Fn. 4), § 103 Rn. 47.

Arbeitsplatz gar nicht zugewiesen werden darf, so daß es am betriebsbedingten Kündigungsgrund fehle. Man kann diesen Kreislauf sicher durchbrechen. Dem Betriebsrat mag man entgegensetzen, er verhalte sich widersprüchlich. Auch kommt es im Rahmen des § 99 BetrVG nicht auf die individualrechtliche Zulässigkeit der Umsetzung an.⁹⁶ Schließlich hat die Nichtzustimmung des Betriebsrats zur Versetzung nach § 99 BetrVG keinen Einfluß darauf, ob diese im Kündigungsschutzrechtlichen Sinn betrieblich dringend geboten ist. Das alles ändert aber nichts daran, daß sich der durchschnittliche Arbeitgeber, der in dieser Angelegenheit gleich zwei Beschlußverfahren führen muß (wobei nicht einmal klar ist, welches zuerst in Angriff zu nehmen wäre), über diese juristischen Spitzfindigkeiten verwundert die Augen reiben dürfte. Ähnliches gilt übrigens bei der Versetzung eines Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb, wo nach h.M. sowohl die Zustimmung des abgebenden Betriebsrats zur Versetzung nach §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG als auch die des aufnehmenden Betriebsrats zur Einstellung § 99 BetrVG erforderlich sein soll.

4. Die Betriebsgröße – (k)ein geeigneter Anknüpfungspunkt?

Zum Schluß möchte ich, wenngleich nur am Rande, noch auf Forderungen nach einer Differenzierung der Betriebsverfassung nach betrieblichen Größenklassen eingehen. Sie sind in aller Munde. Ich erinnere nur an die Beschlüsse 7a, b, 8 und 9 des 65. Deutschen Juristentages⁹⁷ oder an die zahlreichen Bemühungen zur Stärkung kleiner und mittlerer Unternehmen auf nationaler und europäischer Ebene. Die Aktionsprogramme der Kommission oder die vom Rat beschlossene Charta für Kleinunternehmen sind bekannt.⁹⁸ Die aus deutscher Sicht ohnehin eher schwache Beteiligungsrechte⁹⁹ vorsehende Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmern¹⁰⁰ greift nur für Unternehmen/Betriebe mit 50 bzw. 20¹⁰¹ Arbeitnehmern (Art. 3 Abs. 1);¹⁰² die Schwellenwerte in vielen europäischen Ländern¹⁰³ liegen in einer Bandbreite von 50 bis 100 Arbeitnehmern¹⁰⁴ und

96 *Fitting* (Fn. 4), § 99 Rn. 97 ff., insb. 102.

97 Verhandlungen des 65. DJT (2004) Band II/1, N 112; statt vieler: *Buchner*, (Fn. 3), DB 2003, 1510, 1515; ders. (Fn. 86), NZA 2001, 633, 639; *Thüsing*, One size fits all – Vorschläge zur Betriebsverfassung für Kleinbetriebe, NZA 2000, 700, sowie die Nachw. unter Fn. 106.

98 S. etwa: ABIEG Nr. C 287 v. 14.11.1986, S. 1; KOM (2003) 21 endg.; Arbeitsdokument „Ein unternehmerisches Europa schaffen“, SEK (2003) 58.

99 Dazu: *Junker*, Europäisches Arbeitsrecht 2000-2002, RIW 2003, 698, 701 f.; *Reichold*, Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung (...), NZA 2003, 289, 298.

100 ABIEG vom 23.3.2002, L 80/29.

101 S. aber auch Art. 10, wonach es für eine Übergangszeit vom Ablauf der Umsetzungsfrist am 23.3.2005 bis zum 23.3.2007 ausreicht, wenn die Richtlinie für Unternehmen (Betriebe) mit bis zu 150 (100) Arbeitnehmern umgesetzt wird. Zu dieser Regelung insb. *Weis*, Arbeitnehmermitwirkung in Europa, NZA 2003, 177, 183.

102 Darauf, daß es sich dabei nur um Mindestvorgaben handelt, braucht ebenso wenig hingewiesen werden, wie darauf, daß der deutsche Gesetzgeber europäische Richtlinien regelmäßig nicht zum Anlaß einer Absenkung des arbeitsrechtlichen Schutzniveaus nimmt.

103 S. dazu: *Junker*, Gutachten, Verhandlungen 65. DJT, Band I, B 89 ff.; *ders.*, Betriebsverfassung im europäischen Vergleich, ZfA 2001, 225, 235; *ders.*, Der Standort der deutschen Betriebsverfassung in Europa, RIW 2001, 81 ff.

damit zum Teil (noch) über den Vorgaben der Richtlinie. Gesetzesvorschläge zur Stärkung von Kleinunternehmen sind zahlreich unterbreitet worden, zuletzt etwa durch den Gesetzesantrag der Länder Niedersachsen und Hessen im Bundesrat mit dem Ziel einer Anhebung der Schwellenwerte zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten.¹⁰⁵

- 102** Reformvorschläge mögen sich daher an dieser Stelle aufdrängen. Stellvertretend für viele sei nur auf das von *Herbert Buchner*¹⁰⁶ entwickelte Modell verwiesen, wonach Unternehmen (!) mit weniger als zehn Arbeitnehmern keine gesetzlichen Vorgaben über eine betriebliche Interessenvertretung gemacht werden sollten und in Unternehmen zwischen zehn und 34 Arbeitnehmern ein Betriebsrat nur mit Zustimmung des Arbeitgebers einzurichten ist. In Unternehmen zwischen 35 und 99 Arbeitnehmern ist der Betriebsrat obligatorisch; er hat jedoch nur eingeschränkte Mitbestimmungskompetenzen, speziell in Richtung Information und Beratung. Erst in Unternehmen mit mindestens 100 Arbeitnehmern greift die volle Palette der Mitwirkungsrechte.
- 103** In der Tat zu empfehlen ist die Anhebung einzelner sachbezogener Schwellenwerte. Auf eine mögliche Absenkung der Zahl der Betriebsräte bzw. der freigestellten Betriebsräte wurde bereits hingewiesen (s. oben 2. (1)). Kostenintensive und zeitraubende Verfahren sollten auf größere Betriebe beschränkt bleiben, etwa das formalisierte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung oder die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Betriebsrat Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen.¹⁰⁷ Im Hinblick auf die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten nach § 99 BetrVG könnten gegebenenfalls die dortigen Schwellenwerte angehoben werden. Heraufgesetzt werden könnten zudem die Mindestarbeitnehmerzahlen für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses, für die Unterrichtung der Belegschaft über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nach § 110 BetrVG und für die Mitbestimmung bei Betriebsänderungen nach den §§ 111 ff. BetrVG. Dazu korrespondierend müßte dann allerdings die Informationspflicht des Arbeitgebers nach § 80 Abs. 2 BetrVG auf die Unterrichtung und Anhörung des Betriebsrats über die jüngste wirtschaftliche

104 In einigen Ländern sind unterhalb dieser Grenzen aber Personalvertretungen eingerichtet, die Ombudsaufgaben wahrnehmen. S. dazu die Darstellung von *Junker* (Fn. 103), Verhandlungen 65. DJT, Band I, B 90.

105 BRDrucks. 599/05 v. 22.7.2005.

106 *Buchner* (Fn. 3), DB 2003, 1510, 1515. Im Ergebnis ähnlich die Vorschläge von *Henssler*, Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, Otto Brenner Stiftung, 33; *Thüsing* (Fn. 97), NZA 2000, 700, 701 f.; *Moll*, Referat 65. DJT, Band II/1, N 43 ff. Von besonderem Interesse erscheinen an dieser Stelle allerdings folgende rechtsvergleichende Hinweis von *Junker* (Fn. 103), Verhandlungen 65. DJT, Band I, B 94 f.: Die in anderen Ländern vorzufindenden abgeschwächten Beteiligungsformen in Kleinunternehmen gehen meist mit einem obligatorischen Charakter der Betriebsverfassung einher. Das in Fn. 104 angesprochene Konzept von Personaldelegierten in kleinen Unternehmen ist bislang ohne durchgreifenden Erfolg geblieben. Und schließlich war das 3-Stufensystem des niederländischen Arbeitsrechts, auf das insb. Buchner und Thüsing zurückgreifen, wegen mangelnder Akzeptanz bereits wieder abgeschafft worden, als es im deutschen Schrifttum zu Nachahmung empfohlen wurde.

107 *Löwisch* (Fn. 3), BB 2005, Heft 31, Editorial.

Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung des Unternehmens, sowie ggf. klarstellend auf die Beschäftigungsstruktur und -entwicklung erstreckt werden, damit das BetrVG den Vorgaben der Rahmenrichtlinie 2002/14/EG entspricht.¹⁰⁸ Schließlich mag man diskutieren, ob die Einrichtung eines Betriebsrats in Kleinbetrieben mit 5, 10 oder auch 15 Arbeitnehmern wirklich Sinn macht. Wohl wäre es in der Tat besser, mit der Bildung eines Betriebsrats erst bei Betrieben mit über 20 Arbeitnehmern zu beginnen.

Bedenken bestehen aber gegenüber einer weiter reichenden Stufenbildung. Würden die einzelnen Schwellenwerte deutlich angehoben oder/und Stufen mit sich deutlich unterscheidenden Mitwirkungsrechten namentlich im Regelungsbereich der §§ 87, 99, 111 f. BetrVG gebildet, hätte dies zwangsläufig Gleichheits- und Gerechtigkeitsdefizite zur Folge. Das gilt umso mehr, folgt man den hier vertretenen Reformansätzen. Denn gerade wenn der Regelungszweck der Betriebsverfassung wieder darauf zurückgeführt wird, daß sie der Belegschaft die Schaffung eines Gegengewichts zum Direktionsrecht des Arbeitgebers ermöglichen soll, ist nicht einsichtig, warum die Belegschaft eines kleineren Betriebs dann schlechter stehen soll als die eines größeren Betriebs. Zwar ist auch zutreffend, daß in kleinen Betrieben überproportional häufig kein Betriebsrat besteht.¹⁰⁹ Das ändert aber nichts daran, daß diejenigen Belegschaften kleinerer Unternehmen, die eine Arbeitnehmervertretung wünschen, auch die Chance erhalten müssen, eine solche zu etablieren. Dies gilt umso mehr, als das Risiko dirigistischer Herrschaft in einem patronistisch geführten Kleinbetrieb eher höher zu veranschlagen sein dürfte als in einem nach allen Regeln der Kunst geleiteten Großunternehmen. Im übrigen würde mit den hier unterbreiteten Vorschlägen der betriebswirtschaftliche Effizienzverlust, den die betriebliche Mitbestimmung vor allem in kleinen Betrieben mit sich bringt, aber auch deutlich herabgesenkt.

Aus gleichem Grund scheint auch eine nur anteilige Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten im Rahmen der einzelnen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte in Entsprechung des § 23 KSchG nicht empfehlenswert.¹¹⁰ Wenn die betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung dazu dient, die arbeitsorganisatorische Übermacht des Arbeitgebers im betrieblichen Arbeitsprozeß verfahrensmäßig einzuschränken, dann kann für das Eingreifen der Betriebsverfassung nicht ausschlaggebend sein, welches Arbeitszeitvolumen der Arbeitgeber in Anspruch nimmt, sondern nur die Zahl der Arbeitnehmer, die von einschlägigen Anordnungen potentiell erfaßt werden könnten. In den meisten Fällen hat die Entscheidung für die Einführung von Tor-

108 Dies dürfte aber ohnehin unvermeidlich sein. Hierzu im einzelnen: *Junker* (Fn. 99), RIW 2003, 698, 700; *ders.* (Fn. 103), Verhandlungen 65. DJT, Band I, B 87; *Reichold* (Fn. 99), NZA 2003, 289, 298 f.

109 S. die umfassende Zahlenerhebung bei *Bertelsmannstiftung/Hans-Böckler-Stiftung*, Bericht der Kommission Mitbestimmung 1998, S. 50, sowie: *Junker*, Fn. (103), Verhandlungen 65. DJT, Band I, B 87.

110 Dies wird indes u.a. vorgeschlagen von *Bauer*, (Fn. 3), NZA 2005, 1046, 1047; *Seifert* (Fn. 87), RdA 2004, 200, 209; *Hanau*, Denkschrift – zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, 65, 69; *ders.*, Gutachten zum 63. DJT, C 56; *Löwisch*, Arbeits- und sozialrechtliche Hemmnisse einer weiteren Flexibilisierung der Arbeitszeit, RdA 1984, 197, 208; *ders.*, Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, 1009, 1016.

kontrollen, für die Vorverlegung des Arbeitsbeginns oder für die soziale Abfederung eines Stellenabbaus den gleichen oder zumindest einen ähnlich hohen Stellenwert für einen Teilzeitarbeitnehmer wie für einen Vollzeitarbeitnehmer. Anders verhält es sich aber mit leitenden Angestellten und Auszubildenden; sie sollten von der Berechnung der Schwellenwerte ausgenommen bleiben.¹¹¹

- 106** Drei weitere Überlegungen kommen noch hinzu. Erstens ist – jedenfalls im Kündigungsschutzrecht – bislang der empirische Nachweis nicht gelungen, daß die Anhebung von Schwellenwerten das Einstellungsverhalten kleinerer Betriebe begünstigt.¹¹² Dabei ist allerdings einzuräumen, daß im Betriebsverfassungsrecht zumindest handgreiflich ist, daß mit der Anhebung von Schwellenwerten deutliche Entlastungen für kleinere Betriebe verbunden wären, und zwar schon, weil die Kosten pro Betriebsratsmitglied prozentual mit sinkender Betriebsgröße wachsen.¹¹³ Zweitens birgt ein Stufenzuschnitt das Risiko, daß Arbeitgeber kurz vor Erreichen der jeweils nächsten Stufe vor Einstellungen zurückschrecken könnten. Vor allem aber ist der Ansatz der vorliegenden Untersuchung ein anderer: Es soll eben gerade nicht vorgeschlagen werden, das Regelungsdrückicht, das Gesetzgebung und Rechtsprechung im Betriebsverfassungsrecht geschaffen haben, zu akzeptieren und in der Resignation, daß sich daran ohnehin nichts mehr ändern läßt, die Flucht nach vorne zu einem Paradigmenwechsel anzutreten. Eingangs wurde die Frage gestellt, ob man, weil man meint, den täglichen „Kleinkrieg“ in der Betriebsverfassung nicht mehr in den Griff zu bekommen, wirklich gleich einen Systemwechsel vollziehen soll. Ich möchte sie auch an dieser Stelle verneinen.

IV. Zusammenfassung - Thesen

- 107** 1. Das Betriebsverfassungsrecht befindet sich, anders als das Kündigungs- oder Tarifvertragsrecht, in keiner tiefgreifenden Krise. Die betriebliche Mitbestimmung stellt nicht nur einen unverzichtbaren Bestandteil des Arbeitsrechts dar; sie funktioniert im betrieblichen Alltag im großen und ganzen. Dessen ungeachtet zeigt das Betriebsverfassungsrecht aber in seiner konkreten Ausprägung vernehmbare Schwächen auf. Seine Regelungsichte ist zu hoch. Komplexe Mitbestimmungs- und Einigungsverfahren verlangsamten Betriebsabläufe erheblich und erschweren Unternehmen das im globalen Wettbewerb notwendige flexible Reagieren auf Markterfordernisse. Zudem ist die Betriebsratsarbeit, vor allem für kleinere und mittlere Arbeitgeber, zu teuer.

111 So zu recht: *Junker* (Fn. 103), Verhandlungen 65. DJT, Band I, B 92 f.

112 Dies etwa verneinend: *Pfarr*, Referat 65. DJT (2004) Band II/1, N 47 ff.; *Pfarr* (u.a.), Personalpolitik und Arbeitsrecht (...), RdA 2004, 193 ff.; *Pfarr* (u.a.), REGAM-Studie, Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverhalten der kleinen Betriebe?, BB 2003, 2286.

113 Nach einer Untersuchung von Friedrich und Hägele (Ökonomische Konsequenzen von Schwellenwerten im Arbeits- und Sozialrecht [...]), Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft, 1997, S. 44, zitiert nach *Seifert* (Fn. 87), RdA 2004, 200, 201) machen die Kosten der Betriebsratstätigkeit im Verhältnis zur Bruttolohnsumme an der Schwelle zu 21 Arbeitnehmern 1,8% im produzierenden Gewerbe bzw. 2,1% im Handwerk aus, während sie in Betrieben mit 51 Arbeitnehmern bei 1,3% bzw. 1,6% liegen und in Betrieben mit 300 Arbeitnehmern sogar auf 0,8% bzw. 1,4% fallen. Weitere Nachw. bei *Moll*, Referat 65. DJT, Band N 15.

2. Die Ursache für die festgestellten institutionellen Strukturschwächen der betrieblichen Mitbestimmung liegt keineswegs alleine im Betriebsverfassungsgesetz. Vielmehr hat erst die Rechtsprechung durch die Extensivierung des gesetzlich vorgesehenen Schutzniveaus jenes Regelungsdrickicht geschaffen, das die Betriebsverfassung zur Belastungsprobe für den unternehmerischen Alltag hat werden lassen. Mitbestimmungsrechte wurden auf eine kaum überschaubare Vielzahl von Einzelfragen des täglichen Geschehens ausgedehnt und dadurch betriebliche Entscheidungen *en detail* der Mitbestimmung unterworfen. Zudem führt die so im Betriebsverfassungsrecht etablierte hohe Regelungsdrichte einen gewissen „Zermürbungsfaktor“ in die Mitbestimmung ein, weil dadurch bei vielen Arbeitgebern der Eindruck entsteht, daß „alles und jedes“ mitbestimmungspflichtig ist und ohne zeitaufwendige Einigung mit dem Betriebsrat nichts mehr geht. **108**
3. Entsprechend sollte mit strukturellen Deregulierungsforderungen vorsichtig umgegangen werden. Alleine daß man den täglichen „Kleinkrieg“ der Betriebsverfassung nicht mehr in den Griff zu bekommen scheint, rechtfertigt keinen Systemwechsel. Erstes Reformziel muß vielmehr sein, auf Basis des geltenden Rechts eine Entschlackung der Betriebsverfassung „von innen her“ zu erreichen, die den arbeitnehmerschützenden Kern der Mitbestimmung wahrt, gleichzeitig aber die notwendige Marktflexibilität an die Unternehmensleitung zurückgibt. Gefordert ist hier zunächst die Arbeitsgerichtsbarkeit. Sie darf nicht mit dem bloßen Verweis auf das (letztlich unsichere) strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Instrumentarium der betrieblichen Mitbestimmung immer weiter über das gesetzlich geforderte Mindestmaß hinaus intensivieren. Zudem muß wieder mehr in die Betrachtung gerückt werden, daß der Kernbestand der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nicht lediglich ein Abwägungskriterium unter anderen, sondern der Grundstein einer effektiven marktwirtschaftlichen Ordnung ist. **109**
4. An dieser Stelle ist aber auch die Rechtswissenschaft gefordert. Ihre Aufgabe ist nicht alleine, die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht zu kommentieren und dabei Alternativlösungen, Differenzierungen und Verfeinerungen aufzuzeigen. Noch weniger sollte sie die letzten Freiräume sichern und die letzten Gestaltungsmöglichkeiten problematisieren. Vielmehr muß sie auf die Folgewirkungen einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen und auf die von ihnen ausgehende überbordende Verdichtung des Rechtsgebiets hinweisen. Vor allem aber müssen Lehre und Forschung dazu beitragen, den Stellenwert der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit wieder mehr in das allgemeine Bewußtsein zu rücken (s. unten, 11 und 12). **110**
5. Die Rechtsprechung hat den Katalog der erzwingbaren Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG) kontinuierlich erweitert. Sie hat dadurch nicht nur Mitbestimmungsrechte für eine kaum überschaubare Vielzahl von Einzelfragen des täglichen Betriebsablaufs eröffnet, sondern in den vergangenen Jahren das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts selbst dann bejaht, wenn dies im Einzelfall nicht mehr wirklich nachvollziehbar war. Dadurch hat sie nicht nur unternehmerisches Handeln verlangsamt und jenen, von der Betriebsverfassung **111**

ausgehenden „Zermüpfungsfaktor“ verstärkt, sondern den Betriebsrat systemwidrig zum interessengebundenen Mitgestalter der betrieblichen Organisation werden lassen.

- 112** 6. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, bedarf es zunächst einer Beschränkung der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 BetrVG auf wirklich kollektiv wirkende Anordnungen des Arbeitgebers. Der Betriebsrat ist keineswegs immer schon dann zu beteiligen, wenn im mehrpoligen Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und mehreren Arbeitnehmern ein Interessenausgleich zu schaffen ist oder wenn eine, an einen bestimmten Arbeitnehmer gerichtete Anordnung reflexweise auch andere Arbeitnehmer erfassen kann. Eine kollektive Angelegenheit liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Arbeitgeber eine Maßnahme häufiger oder/und gegenüber einer größeren Gruppe von Arbeitnehmern trifft, so daß für die Belegschaft als solche Veranlassung besteht, sich mit dem Arbeitgeber hierüber grundsätzlich auseinander zu setzen. Die von der Rechtsprechung bislang nur am Rande beachtete Zahl, wie viele Arbeitnehmer durch die arbeitgeberseitige Maßnahme betroffen werden, stellt folglich auch weit mehr als nur ein bloßes Indiz dafür dar, ob (k)ein kollektiver Tatbestand vorliegt. Umgekehrt müßte aber auch die Arbeitgeberseite davon absehen, den Betriebsrat immer mehr zu instrumentalisieren, um gegenüber der Belegschaft ansonsten rechtlich nur schwierig oder gar nicht durchzusetzende Entscheidungen zu erzwingen. Kündigungslisten nach § 1 Abs. 5 KSchG bereiten insoweit ebenso große Probleme wie die Forderung nach der Zulassung „echter“ betrieblicher Bündnisse für Arbeit.
- 113** 7. Obgleich der Schutzgehalt der Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten (§ 99 BetrVG) eher schwach ausfällt, hat die Rechtsprechung auch diese in den vergangenen Jahren qualitativ und quantitativ erweitert und die personelle Mitbestimmung so auf Personalmaßnahmen erstreckt, die nach dem Gesetz an sich nicht mitbestimmungspflichtig gewesen wären. Das erscheint umso problematischer, als die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats ungeachtet der Regelung des § 100 BetrVG leicht zu einer gravierenden Blockade des Betriebsablaufs führen kann. Hinzu kommt, daß Betriebsräte Personalmaßnahmen nicht selten aus sachfremden Gründen zu verhindern versuchen, um anderweitige Interessen durchzusetzen. Auch in diesem Zusammenhang waren hier Entscheidungen zu referieren, die einen unnötigen Rigorismus in das Betriebsverfassungsrecht einführen und deren Ergebnis Arbeitgebern kaum mehr zu vermitteln ist.
- 114** 8. Im einzelnen ergeben sich im Bereich der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten folgende Forderungen: die Begriffe der „Einstellung“ und der „Versetzung“ müssen wieder klare Konturen gewinnen. Eine Versetzung liegt mithin nicht schon dann vor, wenn sich am Arbeitsbereich des Arbeitnehmers etwas ändert. Eine Einstellung ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer erstmalig in den Betrieb eingegliedert wird. Die Anforderungen an die Begründung der Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 BetrVG sind anzuheben. Eine relevante Verweigerung liegt erst dann vor, wenn der Betriebsrat im Einzelfall konkret und schlüssig darlegt, daß ihm ein Zustimmungsver-

weigerungsrecht zustehen kann. Fehlt es daran, muß die Verweigerung ohne Wirkung bleiben, d.h. die Zustimmung des Betriebsrats würde im Beschlußverfahren ohne Prüfung der materiellen Rechtslage ersetzt. Ist die Begründung unsachlich, wird die Zustimmung fingiert. Der Arbeitgeber kann dann die Maßnahme durchführen, ohne das Arbeitsgericht nach § 101 BetrVG anrufen zu müssen.

9. *De lege ferenda* ist die personelle Mitbestimmung auf Versetzungen zu beschränken, mit denen der betroffene Arbeitnehmer nicht einverstanden ist. Dem Betriebsrat steht nur in Mißbrauchsfällen ein Einspruchsrecht zu. Die Beteiligung des Betriebsrats bei Eingruppierungen und Umgruppierungen wird aufgegeben. Zumindest sollte der Betriebsrat die Zustimmung nicht aus solchen Gründen versagen können, die in einem etwaigen individualrechtlichen Eingruppierungsstreit ohnehin geprüft würden. **115**
10. Die Rechtsprechung hat die Betriebsverfassung in den vergangenen beiden Jahrzehnten in einer langen Reihe von Entscheidungen, angefangen vom Kaufhausbeschuß des Jahres 1982 bis hin zur Videoentscheidung des Jahres 2004, weit in Richtung eines Zugriffs des Betriebsrats auf unternehmerische Grundlagenentscheidungen vorangetrieben. Formal erkennt sie dem Betriebsrat zwar nach wie vor keine direkte Zugriffsmöglichkeit auf den unternehmerisch-wirtschaftlichen Bereich zu. Rein tatsächlich erfaßt die Mitbestimmung aber immer mehr nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ der Durchführung einer unternehmerischen Entscheidung. *Pars pro toto* konnte hier an einer aktuellen (individualrechtlichen) Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts gezeigt werden, wie geringwertig das BAG den Stellenwert der unternehmerischen Handlungsfreiheit letztlich veranschlagt. **116**
11. Die Neujustierung von Umfang und Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit stellt einen ganz gewichtigen Baustein für eine Reform des Betriebsverfassungsrechts „von innen her“ dar. Insoweit mag es sich für den Betrachter allerdings als unbefriedigend erweisen, daß die Rechtsprechung hier nur in Randbereichen durch gesetzgeberische Vorgaben zu mehr Zurückhaltung angehalten werden kann. So ließe sich etwa im Bereich der Mitbestimmung bei Betriebsänderungen (§§ 111 ff. BetrVG) in das BetrVG aufnehmen, daß dem Betriebsrat kein Unterlassungsanspruch gegen die Durchführung einer solchen vor dem Abschluß von Verhandlungen über einen Interessenausgleich zustehen soll. Für den übergroßen Rest der Betriebsverfassung ist das indes nicht möglich. Entweder läßt der Gesetzgeber es sein Bewenden bei der Normierung von Appellsätzen oder aber er müßte eine völlig intransparente und letztlich zur Funktionsunfähigkeit verdamnte Vielzahl von Einzelregelungen schaffen. So erweist sich die Frage nach dem Standort der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vor allem als Herausforderung für Wissenschaft und Lehre. Sie muß wieder das Bewußtsein für die Bedeutung der unternehmerischen Entscheidung in einer freien, marktwirtschaftlich fundierten Wirtschaftsordnung schärfen. **117**
12. Ist danach der Stellenwert der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Arbeitsrecht zu verteidigen, dürfen hierzu nicht primär verfassungsrechtliche **118**

Überlegungen bemüht werden. Verfassungsrechtliche Begründungen sind dehnbar, unterliegen der praktischen Konkordanz mit kollidierenden Rechtsgütern, sind letztlich Überzeugungssache und damit stets relativierbar. Vielmehr muß die Wissenschaft transparent werden lassen, daß der Grundsatz der Freiheit der wirtschaftlichen Entscheidung kein Ausfluß abstrakter Gelehrsamkeit ist, sondern vielmehr die elementare Voraussetzung für jede wirtschaftliche Unternehmung darstellt. Insoweit konnte gezeigt werden, daß von arbeitsrechtlichen Beschränkungen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit weitaus tiefgreifendere Eingriffe auf die Bewegungsfreiheit eines Unternehmens ausgehen als etwa durch Zwangsregelungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts oder durch privatrechtliche Kontrahierungszwänge.

- 119** 13. Darüber hinaus empfiehlt sich für den Gesetzgeber, an einigen Stellen korrigierend in das Betriebsverfassungsrecht einzugreifen. Dabei ist die Ausgangslage für eine gesetzgeberische Reform im Betriebsverfassungsrecht wesentlich günstiger als etwa im Kündigungsschutz- und Tarifvertragsrecht. Denn dort bewirken selbst geringfügige Modifikationen rasch einen partiellen Systemwechsel. Dagegen führen einzelne Deregulierungen im Betriebsverfassungsrecht noch lange zu keinem Richtungswechsel und erst recht nicht zu einer massiven Absenkung des arbeitsrechtlichen Schutzstandards. Als äußerst günstig erweist sich dabei zudem, daß eine Reform der Betriebsverfassung nicht annähernd die verfassungsrechtlichen Probleme aufwirft, die mit einer Reform des Kündigungsschutz- oder des Tarifvertragsrechts verbunden wären.
- 120** 14. So unterschiedlich die Vorschläge für eine Reform der Betriebsverfassung im einzelnen auch ausfallen, in einem Punkt decken sie sich doch immer: Betriebsratsarbeit ist für viele Arbeitgeber zu teuer. Daher ist eine Verkleinerung der Zahl der Betriebsräte und namentlich der freizustellenden Betriebsräte zu empfehlen, etwa indem die vor der Novelle 2001 geltende Rechtslage wieder hergestellt wird. Flankierend dazu sollte ein Gesamtvolumen an Freistellungszeit festgelegt werden. Dem Betriebsrat steht dabei frei, wie er das ihm zur Verfügung stehende Kontingent verteilen will, ob er also (im Rahmen der gesetzlichen Freistellungsgrenzen) einzelne Mitglieder ganz von der Arbeit freistellen oder die Arbeit des Betriebsrats gleichmäßig auf mehrere Köpfe verteilen will. Zudem sollte die Regelung des § 40 BetrVG, wonach der Arbeitgeber auf den Einzelfall bezogen den Kosten- und Sachaufwand des Betriebsrats trägt, zu Gunsten eines in seiner Höhe gesetzlich festgelegten Globalbudgets aufgegeben werden. Aus diesem Budget hat der Betriebsrat nicht nur Schulungskosten, sondern auch etwaige Kosten eines Rechtsstreits zu bestreiten, den er gegen den Arbeitgeber führt.
- 121** 15. Im Rahmen einer Deregulierung des Betriebsverfassungsrechts von herausragender Bedeutung ist eine Befristung formaler Prozesse mit dem Ziel der Beschleunigung betrieblicher Mitbestimmungsverfahren. Relativ leicht fällt dies im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten, weil hier nur auf die Regelung des § 113 Abs. 3 S. 2 und 3 BetrVG 1996 zurückgegriffen werden braucht. Danach lag ein hinreichender Interessenausgleichsversuch vor, wenn nicht innerhalb von zwei Monaten nach Beginn der Beratungen oder schriftlicher

Aufforderung zur Aufnahme der Beratungen ein Interessenausgleich zustande gekommen war, wobei die Frist spätestens einen Monat nach Anrufung der Einigungsstelle endete. Wesentlich mehr Schwierigkeiten bereitet indes die viel wichtigere Verkürzung der Dauer von Entscheidungsprozessen im Rahmen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG. Dort scheidet es naturgemäß aus, dem Arbeitgeber die Durchführung einer Anordnung nur deshalb zu gestatten, weil der Betriebsrat sich mit ihm nicht innerhalb einer bestimmten Zeit auf einen Kompromiß verständigen konnte. Möglich sind aber einzelne Maßnahmen, die mittelbar zu einer Beschleunigung des Einigungsprozesses beitragen. Hilfreich wäre eine Vereinfachung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zur Bestellung des Einigungsstellenvorsitzenden, indem dieses auf eine Instanz beschränkt wird. Gewisse Erwartungen dürften auch an die Festlegung eines Pauschalhonorars für die Einigungsstellenmitglieder geknüpft werden. Schließlich kann die Forderung nach dem längst überfälligen Erlass einer Kostenverordnung nach § 76a Abs. 4 BetrVG, die allgemeine Honorarhöchstsätze und dabei ggf. „Sondertarife“ für Kleinunternehmen (s. § 76a Abs. 4 S. 5 BetrVG) vorsieht, nur nachdrücklich unterstützt werden. Zudem erschiene eine Bindung der Einigungsstelle an einen vom Arbeitgeber oder Betriebsrat formulierten Regelungsauftrag, jedenfalls aber an den Tenor einer Einsetzungsentscheidung nach § 98 ArbGG, empfehlenswert, um die Eröffnung immer neuer „Kriegsschauplätze“ zu vermeiden. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber das BetrVG insoweit nachbessern, als verbindliche Regeln für das Einigungsstellenverfahren einzuführen sind, die dieses inhaltlich, zeitlich und kostenmäßig für den Arbeitgeber kalkulierbar werden lassen. Weiterhin ist dem Betriebsrat eine Äußerungsfrist entsprechend zu § 99 Abs. 3 BetrVG aufzuerlegen, innerhalb derer er sich nicht nur über die vorgesehene Maßnahme erklären, sondern im Fall deren Ablehnung auch eine angemessene und betriebsbezogene Begründung vortragen muß. Fehlt es daran, führt dies entweder die Unwirksamkeit der Ablehnung herbei oder löst zumindest ein Recht des Arbeitgebers zur vorläufigen Durchführung der Maßnahme aus.

16. Zu diskutieren ist, ob der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats auch für **122**
 Regelungsgegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 BetrVG auf den grundständigen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch des § 23 Abs. 3 BetrVG zurückgeführt werden sollte. Er bliebe dann auf grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen das Beteiligungsrecht des Betriebsrats beschränkt, wodurch er auch wieder deutlich an Konturen gewinnen würde. Zudem mag man über eine Befugnis des Arbeitgebers zur vorläufigen Durchführung jedenfalls von dringend erforderlichen Maßnahmen in Anlehnung an §§ 100 und 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG nachdenken oder ihm wenigstens die Möglichkeit einräumen, in besonderen Fällen einstweiligen Rechtsschutz durch die Arbeitsgerichte zu erhalten.
17. Zu verhindern ist, daß der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht zur Erzwingung **123**
 von „Koppelungsgeschäften“ und materiellen Kompensationen anderweitiger Natur einsetzt. Namentlich eine durch die Einigungsstelle getroffene Regelung

muß daher eine zweckgebundene Ausübung des Mitbestimmungsrechts erkennen lassen.

- 124** 18. Parallele Organisationsstrukturen und Zustimmungsverfahren im Betriebsverfassungsrecht sind zu entwirren. Dabei wäre es ein Fernziel, die Betriebsverfassung möglichst auf die Unternehmensebene zu verlagern. Die Zahl der Arbeitnehmervertretungen würde dadurch reduziert; Schwierigkeiten in der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat würden vermieden.
- 125** 19. Der besondere Kündigungsschutz von Betriebsräten ist auf die Regelungen der §§ 15 KSchG und 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG zu beschränken, § 103 BetrVG entsprechend aufzuheben. Der Arbeitgeber wird so von der Last befreit, um ein- und dieselbe Kündigung zwei Rechtsstreitigkeiten in Folge führen zu müssen. Bei der Versetzung eines Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb genügt die Zustimmung des abgehenden Betriebsrats zur Versetzung nach §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG; die des aufnehmenden Betriebsrats zur Einstellung nach § 99 BetrVG entfällt.
- 126** 20. Kostenintensive und zeitraubende Verfahren sollten auf größere Betriebe beschränkt werden, etwa das formalisierte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung oder die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Betriebsrat Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen. Heraufgesetzt werden könnten zudem die Mindestarbeitnehmerzahlen für die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten nach §§ 111 ff. BetrVG, für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses und für die Unterrichtung der Belegschaft über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nach § 110 BetrVG. Dazu korrespondierend müßte dann allerdings die Informationspflicht des Arbeitgebers nach § 80 Abs. 2 BetrVG auf die Unterrichtung und Anhörung des Betriebsrats über die jüngste wirtschaftliche Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung des Unternehmens erstreckt werden, damit das BetrVG den Vorgaben der Rahmenrichtlinie 2002/14/EG entspricht. Schließlich sollte mit der Bildung eines Betriebsrats erst bei Betrieben mit über 20 Arbeitnehmern begonnen werden.
- 127** 21. Nicht ohne weiteres befürwortet werden können dagegen Forderungen nach einer weiter reichenden Stufenbildung im Betriebsverfassungsrecht, namentlich im Anwendungsbereich der §§ 87, 99, 111 f. BetrVG. Eine solche hätte zwangsläufig Gleichheits- und Gerechtigkeitsdefizite zur Folge. Das gilt umso mehr, würde der Regelungszweck der Betriebsverfassung tatsächlich wieder darauf zurückgeführt, daß sie der Belegschaft die Schaffung eines Gegengewichts zum Direktionsrecht des Arbeitgebers ermöglichen soll. Denn dann ist nicht einsichtig, warum die Belegschaft eines kleineren Betriebs schlechter stehen soll als die eines größeren Betriebs, zumal das Risiko dirigistischer Herrschaft in einem patronistisch geführten Kleinbetrieb eher höher zu veranschlagen sein dürfte als in einem nach allen Regeln der Kunst geleiteten Großunternehmen. Auch eine nur anteilige Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten im Rahmen der einzelnen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte in Entsprechung des

§ 23 KSchG wird nicht empfohlen. Wenn die betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung dazu dient, die arbeitsorganisatorische Übermacht des Arbeitgebers im betrieblichen Arbeitsprozeß verfahrensmäßig einzuschränken, dann kann für das Eingreifen der Betriebsverfassung nicht ausschlaggebend sein, welches Arbeitszeitvolumen der Arbeitgeber in Anspruch nimmt, sondern nur die Zahl der Arbeitnehmer, die von einschlägigen Anordnungen potentiell erfaßt werden könnten.

B. Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 128** Sie haben ein Potpourri der Rechtsprechung dargestellt, und da könnte man sicherlich ein Kabarett draus machen. Sie haben es vermieden. Ansätze waren da und ich könnte da noch einige Beiträge leisten. Nehmen wir zum Beispiel den gemeinsamen Betrieb. Der soll jetzt ein Unternehmen im Sinne des § 99 BetrVG sein – sehr schön erklärt vom ersten Senat. Es gibt weitere schwierige Entscheidungen. Es ist eigentlich aber nichts neues, was Sie uns erzählen. Denn es ist klar, alles was im Betriebsverfassungsgesetz steht, wird soweit wie möglich extensiv zu Gunsten der Arbeitnehmervertretung ausgelegt. Der Wortlaut spielt dabei in letzter Zeit auch keine große hindernde Rolle mehr. Was ich von Ihrem Referat erwartet hatte, haben Sie dann am Schluß angedeutet. Die Frage der verschiedenen Stufung von Unternehmensgrößen und entsprechenden abgestuften Mitbestimmungsrechten, die wir ja jetzt schon haben, die man aber noch zuspitzen könnte.

Was mir überhaupt nicht einleuchtet, etwas, das Sie am Schluß behauptet haben, war, daß es im kleinen Betrieb eigentlich überhaupt nicht einzusehen wäre, warum hier weniger möglich wäre als im großen Betrieb. Anders formuliert: Warum soll der kleine Betrieb nicht auch mit der vollen Mitbestimmungsbetriebsverfassungsgesetzgebung konfrontiert sein? Wenn Sie sich einmal institutionenökonomisch mit der Betriebsverfassung befaßt haben, dann wissen Sie, daß die uns ziemlich deutlich sagt, daß der Sinn und Zweck einer Betriebsverfassung darin liegt, daß man das Medium Betriebsrat nur braucht, wenn der persönliche Kontakt, der im Kleinbetrieb besteht, Vertragsverhandlungen nicht mehr ermöglicht. Ansonsten erscheint der Umgang mit dem Arbeitnehmern in der Regel ohne dieses Medium Betriebsrat in der Praxis möglich. Sie wissen ja, in welcher Größenordnung Betriebsräte in solchen Kleinbetrieben überhaupt vertreten sind und die neuen gesetzgeberischen Ansätze haben hier nennenswerte Änderungen nicht erbracht. D.h. also, ich kann nur noch einmal sagen, daß das, was mit „Betriebsrat light“ und ähnlichem angedacht ist, in der Tat des größeren Nachdenkens wert wäre. Dies gilt insbesondere, wenn man sich überlegt, daß die maßgeblichen Entscheidungen des BAG in aller Regel eben gerade nicht die Situation im Kleinbetrieb widerspiegeln, sondern sich mit Betriebsräten in mittelgroßen bis großen Betrieben beschäftigen. D.h. also, ich meine, man sollte in der Tat daran denken, die Abstufung voranzutreiben. Insbesondere, was ja jetzt möglicherweise bis zur Betriebsratswahl 2006 ansteht, die Größenverhältnisse noch mal überdenken und die Intensität der Mitbestimmung mit dem europäischen Modell, das es inzwischen gibt, abzugleichen. Letzteres haben Sie nicht erwähnt. Hier wäre also eine Betriebsverfassung auch nach europäischem Maßstab sicherlich – aus meiner Sicht jedenfalls – vorzuziehen. Deswegen noch einmal die Frage, wie Sie diese Rahmenrichtlinie der EG zur Unterrichtung und Anhörung für eine mögliche neue Gesetzesnovellierung einschätzen.

Professor Dr. Frank Bayreuther, Technische Universität Darmstadt:

Zunächst zur letzten Frage: Ich habe in dem Referat versucht, mich sehr stark an das im Bereich des Möglichen liegende zu halten. Zu fragen war also, was unter den rechtssoziologischen, rechtspolitischen und rechtskulturellen Gegebenheiten, die nun mal in Deutschland vorherrschen, denn tatsächlich möglich ist. Einer Angleichung des Betriebsverfassungsrechts an die im Verhältnis zum vorherrschenden Betriebsverfassungsrecht relativ schwachen Schutzrechte der Rahmenrichtlinie in Deutschland würde ich relativ wenige Chancen einräumen – jedenfalls was die politische Durchsetzbarkeit angeht. Deshalb habe ich mich in der Tat in dem Vortrag nicht länger damit auseinandergesetzt. Dies gilt ebenso für andere Möglichkeiten, wo man sagen könnte, da kann man jetzt mit einem Schlag den gordischen Knoten auflösen und das Niveau oder die Hemmschwelle des Betriebsverfassungsrechts, je nachdem von welcher Seite man das sieht, deutlich senken. Deswegen kann ich auch auf die letzte Frage eigentlich nur antworten, daß ich die Chancen da eher zurückhaltend beurteile. Diesen Vorschlag kann man natürlich in die Diskussion einbringen indes aber eher als eine Forderung rechtspolitischer Natur, die eben nicht so viel Aussicht hat, tatsächlich umgesetzt zu werden. 129

Zudem möchte ich auf folgendes hinweisen: Sie sagen zu recht, daß es nichts neues sei, daß das BAG sehr stark extensiviert. Aber mich überrascht dann doch in der Diskussion – jetzt im Betriebsverfassungs-, im Befristungs- oder Kündigungsschutzrecht – daß man sagt: „Na ja, das ist halt jetzt so und da gehen wir jetzt weg, indem wir mit der Betriebsgröße arbeiten. Wir akzeptieren jetzt sozusagen den Zustand als solchen, handeln nach dem Motto „daran kann man eigentlich nichts ändern“ und treten dann die Flucht nach vorne an, um wenigstens die kleinen und mittleren Arbeitgeber von einem für sie offenbar zu dick geratenen Betriebsverfassungsrecht zu befreien.“

Was die Betriebsgröße selbst betrifft, sagen Sie vollkommen zutreffend, daß die Rechtsprechung des BAG eher auf große Unternehmen paßt. Daraus könnte man natürlich auch den Schluß ziehen, daß die Last, die die Betriebsverfassung mit sich bringt, vielleicht für den kleinen und mittleren Arbeitgeber dann auch gar nicht so schlimm ist. Bei einer These möchte ich allerdings bleiben. Nämlich dabei, daß man sich zwar über Zahlen unterhalten und überlegen kann, ab wann es überhaupt sinnvoll ist, daß ein Gremium aus der Arbeitnehmerschaft gebildet wird, ob es bei fünf, sechs, sieben oder acht Arbeitnehmern schon einen Betriebsrat geben muß. Aber ich denke schon, daß jedenfalls in den mittelgroßen Betrieben durchaus der Bedarf für einen Betriebsrat bestehen kann. Ich sehe das ganze – das gebe ich zu – aus einer anderen Blickrichtung. Sie sprachen von Institutionen-Ökonomik. Unter ökonomischen Gesichtspunkten belastet natürlich der Betriebsrat den mittleren Arbeitgeber viel höher als den großen. Aber man muß es natürlich aus der Arbeitnehmerperspektive sehen und bedenken, daß das Betriebsverfassungsrecht dem Schutz der Belegschaft dient. Und von diesem Gesichtspunkt bin ich ausgegangen. Das ist eine andere Herangehensweise. Unter ökonomischen Gesichtspunkten haben Sie vielleicht recht mit der Forderung, daß gerade der kleine Betrieb von der Notwendigkeit eines Betriebsrats freigestellt werden sollte.

Professor Dr. Abbo Junker, Georg-August-Universität Göttingen:

- 130** Ich habe endlich einen Kollegen gefunden, der genau das ausgesprochen hat, Herr *Reichold*, was ich mir gedacht habe, aber nicht so schön sagen könnte. Deswegen kann ich im Grunde nur affirmativ sagen, daß es sich aus meiner Sicht so verhält wie Sie es gesagt haben. Ich würde aber trotzdem – so gut mir Ihr Vortrag gefallen hat, Herr *Bayreuther* – doch noch zwei ergänzende Gesichtspunkte zu Herrn *Reicholds* Stellungnahme hinzufügen wollen.

Zum einen ist es ja nicht nur so, daß die europäische Richtlinie eine Eingriffsschwelle bei 50 Arbeitnehmern vorsieht, sondern daß, wenn wir uns im Ausland umschaun, im Grunde abgesehen von Österreich kein einziges Land in Europa einen im Prinzip voll ausgestatteten Betriebsrat bei fünf Arbeitnehmern beginnen läßt. Und das hat ja auch Gründe. Denn wenn ihre Theorie stimmen würde, daß gerade in Kleinunternehmen häufig die „Herr-im-Haus-Mentalität“ herrschen würde, dann müßte eigentlich schon ein Betriebsrat da sein, wenn Sie einen einzigen Arbeitnehmer beschäftigen. Dann macht der Schwellenwert von fünf eigentlich nicht den durchdringenden Unterschied aus. Vielleicht benehmen sich eben gerade Arbeitgeber besonders schlecht, die nur ganz wenige Leute beschäftigen und eben nicht diese empirische Erfahrung haben. Nein, ich denke, daß rechtsvergleichende Erfahrungen schon sehr stark das stützen, was Herr *Reichold* hier gesagt hat und daß man eben doch zu höheren Eingriffsschwellen kommen müßte. Ich denke auch weiter, daß in Europa zunehmend auch der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen gesehen wird. Also, wenn Sie so wollen, Arbeitgeberschutz. Und daß das Interesse der Mittelstandsförderung sehr stark dafür spricht zu differenzieren. Das entspricht im übrigen auch den Beschlüssen des Deutschen Juristentages im Herbst 2004, der sich ausführlich damit befaßt hat und intensiv auch gerade diesen Punkt gesehen hat. Das also nur noch mal sozusagen zur Stärkung. Denn man kann natürlich gegen Herrn *Reichold* vorbringen, daß so eine Richtlinie eben ein Mindeststandard ist. Da können wir drauf satteln. Aber man muß beachten, daß außerhalb Deutschlands niemand drauf gesattelt hat, sondern die Rechte wesentlich später einsetzen. Eine Idee ist, daß man irgendwo zwischen fünf und 50 Arbeitnehmern einen Ombudsman einsetzt und dann eben die Betriebsverfassung mit der damit verbundenen Bürokratie bei ungefähr 50 ansetzt.

Ein zweiter Punkt, der mir fast noch wichtiger ist, betrifft den ersten Teil Ihres Referates hinsichtlich der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts. Da stimme ich vollständig mit Ihnen überein. Das hätte ich alles abhaken können. Aber ich denke, daß Sie auch deutlich gemacht haben, daß die Entscheidungen des BAG vielleicht sehr, sehr extensiv den Wortlaut auslegen, aber dennoch nicht völlig unvertretbar sind. Ich schaue jetzt auf Herrn *Rieble*, und ich habe mich stark abgearbeitet an dieser Entscheidung mit der Zugangskontrolle, aber letztlich kann man schon sagen, man kann irgendwie dem BAG nicht vorhalten – ich kann es jedenfalls nicht –, daß der Wortlaut jetzt vollständig überschritten worden ist, sondern es ist alles vertretbar. D.h. wenn wir jetzt alle an Herrn *Bepler* herantreten und sagen „Herr *Reichold* hat Recht“, dann ist das so ein bißchen das, was der vierte Senat als kollektives Betteln bezeichnet hat. Dann sagen wir: Bitte, liebe Richter, wir finden schon, daß die Unternehmerfreiheit ein bißchen mehr berücksichtigt werden müßte

und daß das schon ziemlich weit geht. Die Urteile finde ich persönlich alle nicht gut, und ich habe auch Herrn *Bayreuther* so verstanden, daß er das rechtspolitisch alles nicht tragen würde. Aber es ist irgendwo noch im Gesetzeswortlaut drin. Ich glaube, Herr *Bayreuther*, man kommt letztlich um legislative Initiativen auch unter diesen Gesichtspunkten nicht herum.

Frank Bayreuther:

Ich darf vielleicht auf den letzten Punkt zuerst eingehen. Ich will versprechen, bezüglich der Betriebsgröße meine Thesen nochmals eingehend prüfen zu wollen. Mir scheint aber auch dieser zweite Gesichtspunkt sehr viel wichtiger – was tun? Der Appell die Rechtsprechung solle sich zurücknehmen, erscheint in der Tat bescheiden. Sie haben vollkommen Recht. Die dargestellten Entscheidungen sind nicht nur alle mit dem Wortlaut des Betriebsverfassungsgesetzes in Einklang zu bringen, sondern jede für sich gesehen nachvollziehbar. Auch ich will bei meiner Arbeit nicht gefilmt werden und keine Fingerabdrücke abgeben müssen. Neben dem Appell an die Rechtsprechung bleibt aber nicht viel. Hier eine legislative Lösung zu finden halte ich leider für unmöglich, weil ich meine, daß das, was Herr *Klumpp* gesagt hat, im Betriebsverfassungsrecht eigentlich erfüllt ist. Es sind ja klare Tatbestände da, die man aber nie so klar formulieren wird, daß man sie eben nicht doch noch in Richtung eines erweiterten Mitbestimmungsrechts auslegen kann. Umgekehrt scheidet eine Lösung nach der Art, einen letzten Absatz an § 87 BetrVG anzuhängen, der besagt, daß die Mitbestimmung nicht extensiv ausgelegt werden darf, offensichtlich aus. So bleibt in der Tat nur – eine traurige Erkenntnis – der Appell zur Selbstfindung, jedenfalls im Betriebsverfassungsrecht. Und hier meine ich, liegt aber eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, eben verstärkt darauf hinzuwirken, daß das Betriebsverfassungsrecht auf seinen Ursprung zurückgeführt wird. Es besteht natürlich auch in der Wissenschaft die Tendenz, in einer Entscheidungsanmerkung noch den einen oder anderen Gesichtspunkt abzuwägen und der Neigung der Rechtsprechung zur extensiven Auslegung zu folgen. Ich gebe zu, es ist keine wirklich befriedigende Lösung, weil sie nicht sozusagen in einem Befreiungsschlag die Situation verbessert.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Herr *Bayreuther*, ich möchte gerne anknüpfen an das, was Herr *Junker* gesagt hat. Ich glaube auch, daß Sie hier auf sehr viel Zustimmung treffen, wenn Sie sagen, daß die Gerichte sich etwas beherrschen sollen. Die Frage ist nur, wie sie sich denn beherrschen sollen. Und wie führt der Weg zu dieser Beherrschung? Und da wäre ich mit Ihnen überhaupt nicht einverstanden, wenn Sie das jetzt über rechtsoziologische, rechtspolitische Erwägungen dann sozusagen puschen wollen, indem Sie geradezu appellativ sagen, daß wir eben die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wieder etwas mehr respektieren müssen. Ich glaube im Gegenteil, daß das eher kontraproduktiv ist, was Sie da machen.

Nehmen wir hier mal ein Beispiel. Es steht die Verletzung des Persönlichkeitsrechts zur Diskussion. Sie versuchen das jetzt gerade wieder über eine Abwägungslösung, indem Sie darum bitten, dabei ein bißchen mehr die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu beachten. Dann ermächtigen Sie doch implizit gerade den Richter wieder dazu, daß er hier abwägt und im Prinzip Politik betreibt. Und gerade nicht mehr hart, dogmatisch, methodologisch am Gesetz arbeitet. Und das Problem ist, Sie haben dann natürlich den arbeitgeberfreundlichen Richter auf Ihrer Seite. Nur Sie habe den arbeitnehmerfreundlichen Richter genauso ermächtigt, daß der eben sagt, es ist nicht nur die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, sondern es ist auch der Schutz des Arbeitnehmers, der hier einzugehen hat, und der kommt deswegen genau zum gegenteiligen Ergebnis. Deswegen glaube ich, daß der Weg – und deswegen hat mir das Wort Dogmatik gefehlt – nur sein kann, daß wir in der Tat wieder ganz strikt mit unserem dogmatischen Instrumentarium einschließlich der teleologischen Auslegung herangehen und schauen, wo die Grenzen sind, etwa die Grenzen des Persönlichkeitsrechts. Und wenn das eben nicht tangiert ist, dann gibt es in diesem Fall, wenn der Mitbestimmungstatbestand dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dient, eben auch kein Mitbestimmungsrecht.

Ich glaube, nur so kommen wir weiter, und genau an der Stelle ist es dann eben auch so, daß wir zum Teil feststellen werden, daß wir möglicherweise legislative Ergänzungen und Konkretisierungen brauchen. Ich will Ihnen nur ein Beispiel nennen. Das betrifft den Unterlassungsanspruch gegen Betriebsänderungen. Da haben wir ja ein riesiges Problem, daß bei Betriebsänderungen über den § 111 BetrVG das Verfahren exzessiv bis zur Anrufung der Einigungsstelle geführt wird und natürlich extrem in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreift. Ob wir da einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats haben, ist bekanntlich hochgradig streitig. Hier kommt auch immer wieder das Argument, daß wir den schon wegen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nicht anerkennen dürfen. Das ist für mich kein überzeugendes Argument, denn wenn das Gesetz nun mal ein solches exzessives Verfahren vorsieht, das zur Beschränkung der Entscheidungsfreiheit führt, dann müssen Sie das natürlich richtigerweise auch sanktionieren. Das Problem ist hier, daß die Position eben zu weit geht. Es war vielleicht sinnvoll zu sagen, drei Monate und dann ist Schluß, etwa die 96er-Lösung oder solche Dinge. An diesen Stellen glaube ich, sehen Sie ganz genau, daß wir dogmatisch nicht mehr weiterkommen. Das müssen wir dann aber auch akzeptieren und eben sagen: „Ok, hier muß der Gesetzgeber korrigieren“. Wenn Sie hier auf einmal sagen, wir kappen etwas ab, was an sich nach allgemeinen dogmatischen Regeln gegeben wäre, etwa in diesem Fall jetzt der Unterlassungsanspruch, dann, glaube ich, machen Sie den Richter letztlich doch wieder zum Politiker, und genau das ist aber die Wurzel all der Wucherungen, die Sie eigentlich vermeiden wollen.

Frank Bayreuther:

- 133** Sie haben zur Begründung Ihrer These ein sehr gutes Beispiel insoweit gewählt, als Sie sich auf die wirtschaftlichen Angelegenheiten bezogen haben und insoweit die zeitliche Beschränkung von Verfahren. Das ist natürlich durch den Gesetzgeber

einfach regelbar. § 113 BetrVG, wir hatten das ja 1996. Vielleicht mag der Gesetzgeber sogar einen Absatz einfügen: Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats besteht nicht. Das kann man regeln. Ich behaupte nur, im Katalog der erzwingbaren Mitbestimmung, § 87 BetrVG, und wahrscheinlich auch der personellen Angelegenheiten, § 99 BetrVG – abgesehen von den wenigen Vorschlägen, die ich gemacht habe – ist das eben nicht möglich, weil einfach die Tatsachenlagen zu diffus sind, die möglichen Fallgestaltungen zu weit gehen. Das kann kein Gesetzgeber formulieren, ohne sozusagen wieder in das Preußische Allgemeine Landrecht abzugleiten, wo man alles und jedes geregelt hat.

Und jetzt komme ich zu der Überlegung der Gesetzesauslegung. Natürlich, der Arbeitsrichter soll am Gesetzestext bleiben und mit den anerkannten Maßstäben auslegen. Er tut es aber nicht immer, sondern neigt zu einer Extensivierung des Mitbestimmungsrechts. Und ich meine, daß eine Möglichkeit – ich gebe zu, Herr *Junker* hat Recht eine schwache – darin besteht, eine Rückbesinnung auf den Zweck des Gesetzes und auf den Kern der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vorzunehmen.

Ich hatte schließlich nicht gemeint, man solle mit der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit abwägen, sondern diese respektieren. Diese steht unangreifbar da und kann nicht Stück für Stück immer doch ein bißchen mehr einer Kontrolle unterzogen werden. Als Rechtsanwender muß man ganz klar wissen, dort ist eine Grenze. Die ist nicht geschrieben, aber systemimmanent. Und ich meine, man könnte hier schon ein Stück weiter kommen, wenn man das so sehen würde. Bei allem anderen bin ich vollkommen Ihrer Meinung. Wo sich etwas gesetzlich regeln ließe, könnte man das tun, nur wird es sehr, sehr schwer werden.

Dr. Heinrich Klosterkemper, Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft:

Ich möchte gern an das, was Herr Professor *Lobinger* gerade angesprochen hat, **134** anknüpfen. Ich möchte es nur etwas akzentuieren, wenn das erlaubt ist. Ich hätte die große Sorge, daß wir hier mit einer Schiefelage auseinander gehen. Denn wir sind gerade dabei, in die eine oder andere Richtung zu schauen. Und es gibt eine Werbung, die heißt, „mit dem zweiten Auge sieht man besser“. Ich möchte das gerne etwas umformulieren, mit beiden Augen sehen wir besser. Es geht in meinen Augen wirklich nicht darum zu meinen, es läge allein an der Rechtsprechung und auch nicht, es läge allein an der Gesetzgebung. Aber wenn die Rechtswissenschaft genauso deutlich und scharf und zwar mit beiden Augen – aus unserer Sicht, aus Praktikersicht – auf beide kritischen Felder schauen würde, dann kommen wir glaube ich nicht in die Bredouille, die Herr Professor *Bayreuther* gerade beschrieben hat. Denn es geht nicht nur um die extensive Auslegung, sondern wir haben, wenn ich beim Kritikfeld BAG-Rechtsprechung bin oder Rechtsprechung per se, doch Fälle, wo wir, mit Verlaub gesagt, Auslegungen neben den Gesetz oder *contra legem* haben. Auch die eben gerade akzentuierte Frage der großen Probleme bei § 111 f. ist entstanden aus einer Umdeutung des klaren Gesetzeswortlautes. Es ist die Frage: Muß oder kann ich zu einer Einigungsstelle? Und das Gesetz sagt eindeutig, und so will es auch die Entstehungsgeschichte, „kann“. Daraus hat die Rechtsprechung

etwas gemacht, was dazu geführt hat, daß sogar der Gesetzgeber nachgebessert hat. Und der ist dann korrigiert worden. Also kurz, woran ich appellieren möchte ist, schärfer hinzuschauen, schärfer zu formulieren und nicht einäugig zu sagen: Es liegt an der Rechtsprechung. Der macht man zu Unrecht einen Vorwurf, wenn schlechte Gesetze angesprochen werden. Es wäre ja schon schön, wenn der Gesetzgeber einigermaßen vernünftig formulieren würde.

Auf der anderen Seite glaube ich, daß wir nicht in die Gefahr einer schwierigen Argumentation bezüglich der unternehmerischen Freiheit geraten. Wir haben doch genügend Fälle aus der Rechtsprechung aus jüngerer und nicht mehr jüngerer Zeit, wo wir am Wortlaut vorbei entgegen der Entstehungsgeschichte Entscheidungen haben. Und ich habe gerade den § 111 f. erwähnt. Wir haben es beim Teilzeit- und Befristungsgesetz. Wenn ich das Gesetz in der Entstehungsgeschichte und im Wortlaut richtig verstanden habe, gibt es keine dringenden betrieblichen Gründe. Aber die Rechtsprechung ist dabei, es daraus zu machen. Also kurz und knapp, in meinen Augen geht es darum, auf beides genau zu schauen und beides so zu akzentuieren. Und Herr Professor *Rieble* hat das ja auch gesagt. Denn wir sind in einer Situation, die Rechtswissenschaft ist in meinen Augen in der Situation, in der sie deutlicher denn je darüber nachdenken muß, ob wir das nicht mehr durchschaubare Arbeitsrecht durch klare Gesetze korrigieren müssen oder ob es durch einen Appell an die Rechtsprechung – und das ist leichter erreichbar – dazu kommt, daß die Rechtsicherheit, und zwar sowohl auf Arbeitnehmerseite als auch Arbeitgeberseite vergrößert wird. Also Kurzfassung: mit beiden Augen sehen wir besser.

Frank Bayreuther:

135 Ich kann dem nur zustimmen.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	BGBI	Bundesgesetzblatt
ABIEG	Amtsblatt der Euro- päischen Gemeinschaft	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Abs.	Absatz	BIP	Bruttoinlandsprodukt
AcP	Archiv für civilistische Praxis	BRDrucks	Drucksachen des Bundesrates
AEntG	Arbeitnehmer-Ent- sendegesetz	BTDrucks.....	Drucksachen des Deutschen Bundestages
AGB	Allgemeine Geschäfts- bedingungen	BUrlG.....	Bundesurlaubsgesetz
ANBA	Amthche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit	BVerfG	Bundesverfassungs- gericht
Anm.....	Anmerkung	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts	bzw.	beziehungsweise
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	CDU.....	Christlich Demokratische Union
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	CSU	Christlich Soziale Union
ArbGG.....	Arbeitsgerichtsgesetz	DB.....	Der Betrieb
arg. ex	argumentum ex	ders.....	derselbe
ARHandB	Arbeitsrechtshandbuch	d.h.	das heißt
Art.....	Artikel	DJT.....	Deutscher Juristentag
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht	DTV	Deutscher Taschenbuch Verlag
AÜG	Arbeitnehmer- überlassungsgesetz	EFZG	Entgeltfortzahlungs- gesetz
Aufl.	Auflage	EG.....	Europäische Gemeinschaft
AuR	Arbeit und Recht	Einl.....	Einleitung
AVE	Allgemeinverbindlich- erklärung	EnergieWG.....	Energiewirtschaftsgesetz
AZG	Allgemeines Zuständig- keitsgesetz	EOS	Executive Opinion Surveys
BAG	Bundesarbeitsgericht	EU	Europäische Union
BB	Der Betriebs-Berater	EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Bd.	Band	f.	folgende Seite
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeber- verbände	FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Beschl.	Beschluß	ff.	folgende Seiten
BetrVG	Betriebsverfassungs- gesetz	Fn.	Fußnote
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch		

FS	Festschrift	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
GerbMG	Gebrauchsmustergesetz	Nachw.	Nachweis(e)
GewO	Gewerbeordnung	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
GG	Grundgesetz	No.	Number
ggf.	gegebenenfalls	Nr.	Nummer
GmbH.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GS	Großer Senat; Gedächtnisschrift	NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts	ÖPNV	Öffentlicher Personenverkehr
HGB	Handelsgesetzbuch	OT	ohne Tarifbindung
h.M.	herrschende Meinung	PatG.....	Patentgesetz
Hg.....	Herausgeber	PostG	Gesetz über das Postwesen
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung	RdA.....	Recht der Arbeit
IBM	International Business Machines	REGAM	Regulierung des Arbeitsmarktes
IHK	Industrie- und Handelskammer	RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
IG Metall.....	Industriegewerkschaft Metall	RTDrucks	Drucksachen des Reichstages
insb.....	insbesondere	S.	Seite
i.S.v.	im Sinne von	SAE.....	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
i.V.m.	in Verbindung mit	SGB	Sozialgesetzbuch
iw-trends	Zeitschrift des Instituts der deutschen Wirtschaft	sog.	sogenannte/r/s
KOM	Kommissionsdokument(e)	Tab.	Tabelle
KSchG	Kündigungsschutzgesetz	TKG	Telekommunikationsgesetz
KSchG-E	Kündigungsschutzgesetz -Entwurf	TVG	Tarifvertragsgesetz
LAG.....	Landesarbeitsgericht	TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
m.E.	meines Erachtens	u.a.....	unter anderem
Mio.....	Million/en	UrhG	Urheberrechtsgesetz
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer	UrhWahrnG	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
MüKo.	Münchener Kommentar	USA.	United States of America
MünchHdbuch ...	Münchener Handbuch	u.U.	unter Umständen
MuSchG	Mutterschutzgesetz		

vgl.	vergleiche	ZAAR	Zentrum für Arbeits- beziehungen und Arbeitsrecht
Vol.	Volume	z.B.	zum Beispiel
WDI	World Development Indicators	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Forschungsinstitut		

Sachregister

- Abfindung § 3 15, § 3 22, § 3 9**
 - Bemessung § 3 17, § 3 27, § 3 34
 - gestaffelt § 3 16
 - Höhe § 3 43
 Abgabenbelastung § 2 20
 Abgabenkeil § 2 15
 Annahmeverzugslohn § 3 13, § 3 5
 Arbeitnehmerbild § 1 72
 Arbeitnehmerschutz § 1 35, § 1 42
 Arbeitsgerichtsbarkeit § 5 11
 Arbeitslosengeld § 3 35
 Arbeitslosenquote § 2 14
 Arbeitslosenversicherung § 3 15, § 3 22
 Arbeitslosigkeit § 1 33
 Arbeitsmarkt-Performance § 2 36
 Arbeitsmarktlage § 2 22
 Arbeitsmarktregulierung § 2 42
 Arbeitszeit § 5 33, § 5 55
 Arbeitszeitgestaltung § 5 16
 Arbeitszeitregulierung § 2 34
 Außenseiter § 4 12
 Außenseiterwettbewerb § 4 64, § 4 78
 Autokorrelation § 2 17
- Belegschaftswahl § 4 51, § 4 56**
 Beschäftigungsintensität § 2 52
 Beschäftigungsprogramme § 2 22
- Beschäftigungsquote § 2 41
 Bestandsschutz § 3 2
 Bestimmtheit § 1 61
 Betriebliche Bündnisse § 1 56
 betriebliche Lohngestaltung § 5 15
 Betriebsänderung § 5 68
 Betriebsfrieden § 2 48
 Betriebsgröße § 5 101
 Betriebsrat
 - Beteiligungsrechte § 5 29
 - Freistellung § 5 83
 - Informationsrecht § 5 22
 - Organisationsstrukturen § 5 124, § 5 97
 - Schulung § 5 85
 - Zustimmungsverweigerung § 5 45
 Betriebsstillegung § 5 74
 Betriebstreue § 3 36
 Betriebsvereinbarung § 5 39
 Betriebsverfassungsrecht
 - Deregulierung § 5 80
 biometrische Zugangskontrolle § 5 51
 Bündnis für Arbeit § 4 21, § 4 85
- ceteris paribus § 2 43**
- Deregulierung § 1 13**
 - faktische § 1 22
 - mangelbezogene § 1 24
 Dienstalter § 3 27
- Dohnanyi-Kommission § 1 79
 Dreisprung § 3 21
- Einigungsstelle § 5 91**
 Einstellung § 5 44
 Einzelfallgerechtigkeit § 1 37
 Entgeltfortzahlung § 1 78
 Entgeltklassen § 1 78
 Erwerbstätigenquote § 2 14
 europäische Richtlinie § 5 130
 Executive Opinion Surveys § 2 5 ff.
- Flexibilisierungspotential § 4 61**
 Flexibilisierungsvorschläge § 5 7
 Fragmentierung § 1 28
 Friedensfunktion § 2 47
- gemeinsamer Betrieb § 5 128**
 gewerkschaftlicher Organisationsgrad § 2 15, § 2 18
 Grundrechte § 1 42
 Günstigkeitsprinzip § 4 84, § 4 9
 - Arbeitsplatzsicherheit § 4 24
 - Neuinterpretation § 4 26
- Handlungsleitungsanspruch § 1 77**
 Heteroskedastizität § 2 17

Individualisierung**§ 1 30**Industrielländer **§ 2 13**

Interessenausgleich

§ 5 87Intransparenz **§ 1 15 ff.**

- Entscheidungsverschleppung **§ 1 18**
- Kostenfaktor **§ 1 20**
- Rechtsunsicherheit **§ 1 15**
- Selbstregulierung **§ 1 22**

Jugendarbeitslosen-**quote § 2 14**Jugenderwerbstätigenquote **§ 2 14, § 2 25****Kaufhausentscheidung****§ 5 48**

Kleinst-Quadrate-

Verfahren § 2 17

kollektiver Tatbestand

§ 5 56Konjunktur **§ 2 50**Konjunkturlage **§ 2 11**Kontrollvariablen **§ 2 15, § 2 18**

Kündigungsbereitschaft

§ 3 12

Kündigungsfristenschutz

§ 3 43, § 3 44

Kündigungsschutz

§ 3 2 ff.

- Bestandsschutz **§ 3 20**
- Kalkulierbarkeit **§ 3 23**
- Kleinunternehmen **§ 3 25**
- Reformvorschläge **§ 3 18**

Kündigungsschutzrecht

§ 5 2

Kündigungsvorschriften

§ 2 28**Lebensalter § 3 28**Leiharbeitnehmer **§ 5 55**

Lohnersatzleistungen

§ 2 21Lohnersatzrate **§ 2 15****Mecklenburg-****Vorpommern § 1 78**Mindestlohn **§ 2 25**

Mindestlohnvorschriften

§ 2 42

Mißbrauchspotential

§ 4 44

Mitbestimmung

- erzwingbare **§ 5 111, § 5 17**
 - Kosten **§ 5 81**
 - personelle Angelegenheiten **§ 5 28**
 - soziale **§ 5 88 ff.**
- Mitbestimmungsrecht
- Reichweite **§ 5 54**
- Mitnahmeeffekte **§ 4 79**
- Multikollinearität **§ 2 17**

Niedriglohn-**beschäftigung § 2 55**Notfallklauseln **§ 4 16****objektive Indikatoren****§ 2 4, § 2 9**Orchestermusikerentscheidung **§ 5 76**Ordnungsfunktion **§ 2 47, § 2 48**Orlando-Kündigung **§ 3 43****Privatautonomie § 1 46**

Pro-Kopf-Einkommen

§ 2 16Produktionslücke **§ 2 16**

Produktivitätsfortschritt

§ 2 56

Produktivitätssteigerung

§ 2 52**Rechtsunsicherheit****§ 1 15**

Reformmaßnahmen

§ 2 38Regionen-Dummies **§ 2 16**Richterrecht **§ 1 8**Rückkehroption **§ 4 35, § 4 56, § 4 87****Schichtwechsel § 5 36**Schutzniveau **§ 1 66**

Schwellenwerte

§ 5 101 ff.

Schwerbehinderung

§ 3 28Solidarnormen **§ 4 65**Sozialplan **§ 3 50, § 5 63**

Steuerungsfunktion

§ 1 75Studentenquote **§ 2 16**Stufensystem **§ 1 50**

subjektive Indikatoren

§ 2 10, § 2 4**Tarifkartell § 4 40**Tariftreue **§ 4 31**

tarifvertraglicher

Erfassungsgrad **§ 2 31, § 2 45**Teilzeit **§ 5 75**Thomas-Theorem **§ 1 16**Torkontrollen **§ 5 60**Transparenz **§ 1 2****Überstunden § 5 26**Unterbietungswettbewerb **§ 4 38**Unterlassungsanspruch **§ 4 81**Unternehmenskrise **§ 4 7**

unternehmerische

Entscheidungsfreiheit

§ 5 132, § 5 48,**§ 5 67**

- Verbandsmacht § 4 30**
Verhältnismäßigkeit
 § 4 41
Verhandlungsmacht **§ 4 6**
Vermachtung **§ 1 69**
Versetzung **§ 5 100,**
 § 5 125, § 5 44
Vertragsautonomie **§ 4 29**
Vertragsfreiheit **§ 1 49**
- Videoüberwachung **§ 5 58**
Vision **§ 1 75**
Vollbeschäftigung **§ 2 52,**
 § 2 55
- Weiterbeschäftigungs-**
möglichkeit § 3 29,
§ 3 39, § 3 55
- Willkürkontrolle **§ 3 54**
- World Economic Forum
 § 2 5 ff.
World Economic Outlook
 § 2 42

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4

Band 4

Robert Lubitz, Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2