

# Arbeitspapier

herausgegeben von der  
Konrad-Adenauer-Stiftung

Nr. 138/2004

Dr. Elke J. Jahn (ext.)

## **Der Kündigungsschutz auf dem Prüfstand**

Sankt Augustin, Juli 2004

ISBN 3-937731-22-9

Ansprechpartner:

Matthias Schäfer  
Tel: 0 30/2 69 96-515  
E-Mail: [matthias.schaefer@kas.de](mailto:matthias.schaefer@kas.de)

Dr. Andrea M. Schneider  
Tel: 0 30/2 69 96-516  
E-Mail: [andrea.schneider@kas.de](mailto:andrea.schneider@kas.de)

Politik und Beratung  
Koordinatoren für Wirtschaftspolitik

Postanschrift:

Konrad-Adenauer-Stiftung, Wichmannstr. 6, 10907 Berlin

# Inhalt

Vorwort .....	2
Zusammenfassung .....	3
1 Einleitung.....	4
2 Theorien des Kündigungsschutzes.....	5
2.1 Ökonomische Kündigungsschutztheorien.....	5
2.2 Juristische Kündigungsschutztheorien.....	7
3 Warum ein staatlicher Kündigungsschutz? .....	8
4 Kosten des Kündigungsschutzes.....	10
5 Empirische Ergebnisse zur Wirkung des Kündigungsschutzes .....	13
6 Reform des Kündigungsschutzes aus ökonomischer Perspektive .....	18
6.1 Kleinbetriebsklausel.....	18
6.2 Sozialauswahl.....	19
6.3 Abfindung statt Bestandsschutz .....	20
6.4 Befristungsrecht.....	22
7 Arbeitsmarktwirksame Reform des Kündigungsschutzes .....	24
Literatur .....	27

## Die Autorin

Dr. Elke J. Jahn ist Wissenschaftlerin am Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), Nürnberg. Der Beitrag liegt in der alleinigen Verantwortung der Autorin.

## Vorwort

Angesichts der seit Jahrzehnten steigenden Arbeitslosigkeit, dem Mangel an Lehrstellen, der geringen Beschäftigungsmobilität und seit einigen Jahren nun auch einer stagnierenden Volkswirtschaft mit Beschäftigungsverlusten ist es nicht verwunderlich, dass sich Wissenschaft und Politik auf der Suche nach Lösungen des Beschäftigungsproblems in großer Regelmäßigkeit auch dem Thema *Kündigungsschutz* widmen.

1951 eingeführt, diente er ursprünglich dem Ziel, den Arbeitnehmer vor willkürlicher Kündigung zu schützen und seine Rechte gegenüber dem Arbeitgeber zu sichern. Fünf Jahrzehnte arbeitsgerichtlicher Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung sowie eine Vielzahl von Gesetzesänderungen später ist das deutsche Kündigungsschutzgesetz in seiner heutigen Form zu einem Bestandschutz für Arbeitnehmer, einer Markteintrittsbarriere für Arbeitslose und einem Beschäftigungshemmnis vor allem für Frauen, ältere Arbeitnehmer, Geringqualifizierte und Jugendliche geworden – so die These vieler Kritiker. Die öffentliche Diskussion wird zumeist emotional geführt und lässt theoretisch und empirisch saubere Argumentationen häufig vermissen.

Mit dem vorliegenden Arbeitspapier will die Konrad-Adenauer-Stiftung einen Beitrag zur Versachlichung der notwendigen Debatte um die Reform des Kündigungsschutzes leisten und die öffentliche Auseinandersetzung um theoretisch und empirisch fundierte Vorschläge bereichern und vorantreiben.

Eine Reform des Kündigungsschutzes ist allein sicherlich nicht ausreichend, die Beschäftigungsmisere in Deutschland zu überwinden. Seine beschäftigungsfeindliche, bürokratisch-zentralistische Überdehnung gehört aber zweifellos auf den Prüfstand. In der Sozialen Marktwirtschaft sollte der Kündigungsschutz jedoch viel stärker ein Instrument der partnerschaftlichen Zusammenarbeit im Unternehmen sein.

## Zusammenfassung

Die anhaltende Kritik am Kündigungsschutzrecht hat die Regierungskoalition kürzlich dazu bewogen, den Kündigungsschutz erneut zu reformieren. Allerdings ist die Neuregelung viel zu zögerlich geraten. Die jüngste Reform des Kündigungsschutzrechts muss sich daher die folgende Frage gefallen lassen: Kommen die konkreten Schutznormen des reformierten Kündigungsschutzrechts den Flexibilitätsbedürfnissen der Unternehmen entgegen oder wird die betriebliche Handlungsfreiheit sogar noch stärker eingeschränkt?

Zunächst werden die Argumente für oder gegen einen allgemeinen, vom Staat verfügbaren Kündigungsschutz gegenüber gestellt und einer kritischen Überprüfung unterzogen. Es zeigt sich, dass sich weder aus ökonomischer noch aus juristischer Perspektive eindeutige Argumente für oder gegen einen allgemeinen Kündigungsschutz ableiten lassen.

Neben ökonomischen gibt es durchaus normative und politökonomische Gründe, einen gewissen Mindestschutz vor willkürlichen Entlassungen sicher zu stellen, der allerdings weit unter den Normen des heutigen Kündigungsschutzrechts liegt. Denn die Kosten, die der deutsche Kündigungsschutz den Arbeitgebern auferlegt, sind, wie die Analyse zeigt, enorm. Ferner belegen internationale Vergleiche zur Wirkung des Kündigungsschutzes, dass der Kündigungsschutz – wenn überhaupt – eher negative Wirkungen auf den Arbeitsmarkt hat.

Es besteht also nach wie vor Handlungsbedarf. Deshalb wird – nach einer kritischen Analyse des neuen Kündigungsschutzgesetzes – abschließend eine grundlegende Reform des Kündigungsschutzes vorgeschlagen. Denn nur eine Reform, die dem Arbeitgeber ein Kündigungsrecht gegen Abfindung zuerkennt, die Rechtsdurchsetzungskosten senkt und so die Kosten einer Entlassung für beide Parteien kalkulierbar macht, ist geeignet, neue beschäftigungspolitische Impulse zu setzen.

# 1 Einleitung

Das deutsche Kündigungsschutzrecht ist bereits seit den 20er Jahren ein Feld permanenter Reformen. Die anhaltende Kritik am Kündigungsschutzrecht hat die deutsche Regierung dazu bewogen, zum 1.1.2004 den Kündigungsschutz erneut zu reformieren. Allerdings ist die Neuregelung viel zu zaghaft geraten. Erneut wurde das Befristungs- und Kündigungsrecht nur geringfügig angepasst, was das deutsche Kündigungsschutzrecht keinesfalls vereinfacht hat. Die Chance, den Kündigungsschutz grundlegend zu reformieren und den Unternehmen mehr Rechts- und Planungssicherheit zu geben, hat die jüngste Reform jedoch verpasst.

Arbeitgeber, die Mitarbeiter entlassen wollen, müssen nach wie vor das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), die einschlägigen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG), das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und – was die Rechtmäßigkeit der Sozialauswahl betrifft – die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bemühen, um abschätzen zu können, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Auch für Betriebe, die unter dem Schwellenwert des Kündigungsschutzgesetzes liegen, gilt keinesfalls das *employment-at-will*-Prinzip: Denn die drei Generalklauseln des BGB schränken den Grundsatz der Kündigungsfreiheit ein. Mit § 134 BGB lässt sich der Schutz besonderer Personengruppen (Schwerbehinderte, werdende Mütter etc.) und ein Verbot diskriminierender Kündigungen begründen. Kündigungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, weil sich beispielsweise ein Arbeitnehmer weigert, gegen herrschendes Recht zu verstoßen, schließt § 138 BGB aus. Schließlich ist eine Kündigung unzulässig, wenn sie nach § 242 BGB gegen Treu und Glauben verstößt, der Arbeitgeber etwa Anlass zu der Vermutung gegeben hat, dass eine Kündigung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. So hält das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Bezug auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahr 1997 fest (Urteil vom 21.2.2001 - 2 AZR 15/00): „der Arbeitgeber im Kleinbetrieb, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, [hat] ein durch Art. 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Sicherheit zu wahren ... Eine Kündigung, die dieser Anforderung nicht entspricht, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist deshalb unwirksam.“ Ist der gekündigte Arbeitnehmer „... erheblich sozial schutzbedürftiger ... als ein vergleichbarer weiterbeschäftigter Arbeitnehmer, so spricht dies zunächst dafür, dass der Arbeitgeber das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat.“ Mit diesem Urteil hat das BAG klargestellt, dass für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben und während der Probezeit ein Kündigungsschutz aus den Normen des BGB hergeleitet werden kann (vgl. Jahn 2004).

Die umfangreiche und schwer überschaubare Rechtsprechung der Arbeitsgerichte sowie unbestimmte Rechtsbegriffe verursachen bei den Unternehmen eine Rechtsunsicherheit, die sich nach Ansicht vieler Ökonomen und Politiker negativ auf die Einstellungsbereitschaft der Firmen niederschlagen muss. Die Vermutung liegt somit nahe, dass das nicht zuletzt durch die Arbeitsgerichtsbarkeit geschaffene dichte Netz

von Vorschriften und eine sich ständig fortentwickelnde Rechtsprechung eine Anpassung der Belegschaft mit Hilfe von Überstunden und Rationalisierungsmaßnahmen hervorruft.

Die jüngste Reform des Kündigungsschutzrechts muss sich daher die folgende Frage gefallen lassen: Kommen die konkreten Schutznormen des reformierten Kündigungsschutzrechts den Flexibilitätsbedürfnissen der Unternehmen entgegen oder wird die betriebliche Handlungsfreiheit sogar noch stärker eingeschränkt? Bevor diese Frage beantwortet wird, werden zunächst die Theorien des Kündigungsschutzes, die Kosten und die Wirkung, die der Kündigungsschutz in Deutschland erzeugt, untersucht.

## **2 Theorien des Kündigungsschutzes**

### **2.1 Ökonomische Kündigungsschutztheorien**

Aus dem Blickwinkel der ökonomischen Theorie könnte man das staatliche Kündigungsschutzrecht mit ungerechten Marktergebnissen oder aber mit Marktversagen begründen. Der Arbeitsmarkt versagt, weil die Unternehmen nicht bereit sind, die Nachfrage der Arbeitnehmer nach Arbeitsverträgen mit Klauseln zu Kündigungsfristen, Verdienstsicherung, Abfindungen bei Entlassungen oder Bestandsschutz zu befriedigen. Eine allgemein geteilte ökonomische Theorie des Kündigungsschutzes, die Gründe für oder gegen einen staatlichen Kündigungsschutz liefert, existiert allerdings nicht.<sup>1</sup>

Ein strikter Kündigungsschutz – so die Argumentation der Befürworter – kann positive Begleiterscheinungen auf einzelwirtschaftlicher Ebene mit sich bringen, denn Beschäftigungssicherheit unterstützt zunächst die Bereitschaft, in firmenspezifisches Humankapital zu investieren. Er senkt die Vertragskosten als positive Folge der Festlegung allgemeingültiger Regeln, fördert die Identifikation mit den Betriebszielen und erleichtert die betriebsinterne Mobilität.

Zunächst beschränkt der Kündigungsschutz jedoch die Menge der betrieblichen Handlungsalternativen und belegt sie mit Kosten. Abfindungszahlungen, Gerichts- und Weiterbeschäftigungskosten wirken wie eine Steuer auf den Faktor Arbeit, weshalb der Preis für diesen Produktionsfaktor steigt. Anstatt durch unbefristete Neueinstellungen passen sich die Unternehmen im Konjunkturaufschwung durch Rationalisierungsmaßnahmen, befristete Arbeitsverträge oder Überstunden an die gestiegene Nachfrage an. In der Rezession horten die Firmen hingegen Arbeitskräfte und greifen auf Maßnahmen der Arbeitszeitverkürzung zurück. Auf diese Weise – so das Argument – stabilisiert der Kündigungsschutz die Beschäftigung über den Konjunkturzyklus. Hiermit reduzieren die Firmen zwar ihre Entlassungskosten und erhalten das firmenspezifische Humankapital der Stammbeslegschaft, jedoch ist nicht auszuschließen, dass das allgemeine Beschäftigungsniveau sinkt.

---

<sup>1</sup> Eine Systematisierung der ökonomischen Kündigungsschutztheorien findet sich bei Jahn (2002b).

Ein weiteres, zugunsten des Kündigungsschutzes verwendetes Argument behauptet, dass der Kündigungsschutz nicht nur die Volatilität der Beschäftigung, sondern auch die des Lohneinkommens senkt. In diesem Fall glättet er auch die Schwankung der Konsumgüternachfrage. Existieren jedoch neben regulären Arbeitsverhältnissen alternative Vertragsformen, die es erlauben, Arbeitnehmer temporär einzustellen, wird diese Funktion des Kündigungsschutzes außer Kraft gesetzt. Für die Unternehmen nimmt der Anreiz zu, auf temporäre Erwerbsformen wie Leiharbeit und befristete Beschäftigung auszuweichen, mit denen sie flexibler auf die Marktsituation reagieren können. Damit verliert der Kündigungsschutz die ihm zugeschriebene makroökonomische Stabilisierungsfunktion.

Die Arbeitswelt ist in ein engmaschiges Netz von Normen und Unternehmenskulturen eingebettet, die ihren Niederschlag auch in Arbeitsverträgen, Arbeitsmotivation und Arbeitsleistung finden. Fairnessnormen – so eine häufig geäußerte Vermutung –, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu wechselseitig fairem Verhalten verpflichten, schaffen Spielraum für Kooperation. Schätzt der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis als fair ein und glaubt sich durch die Geschäftsführung gerecht behandelt, erhöht er seine Leistung und damit die Produktivität des Unternehmens. Dass *staatlicher* Kündigungsschutz ein Fundament ist, auf dem sich Kooperationsbereitschaft und Investitionen in betriebspezifisches Humankapital entwickeln, lässt sich jedoch bezweifeln. Die Verwendung des staatlichen Rechtssystems kann auch zur Verdrängung intrinsischer Motivation wie Loyalität, Zuverlässigkeit, Arbeitsmoral und -motivation führen. Denn nur ein *privatvertraglich vereinbarter* Kündigungsschutz kann die intrinsische Motivation der Arbeitnehmer erhöhen und sogar zur Norm erheben. Die Betonung des staatlichen Rechtsschutzes könnte hingegen zu einer starken Verringerung der Leistungsbereitschaft führen, denn ein *staatlicher* Kündigungsschutz wird nicht notwendigerweise als Signal für eine faire Behandlung durch den Arbeitgeber verstanden. Staatlicher Kündigungsschutz hätte infolgedessen keinen Zuwachs an innerbetrieblichem Vertrauenskapital zur Folge, sondern im Gegenteil, das Vertrauen und die Bereitschaft, in das betriebspezifische Humankapital zu investieren, würde sinken.

Einem strikten Kündigungsschutz werden weitere negative Folgen zugeschrieben: Die vom staatlichen Kündigungsschutz hervorgerufenen Entlassungskosten stärken die Verhandlungsmacht der Arbeitsplatzbesitzer. Infolgedessen können die Insider einen Lohn durchsetzen, der über dem markträumenden Lohn liegt, ohne von den Jobsuchern unterboten zu werden. Der Kündigungsschutz hat auch über diesen Kanal eine beschäftigungssenkende Wirkung.

Eine Deregulierung des allgemeinen Kündigungsschutzes würde die relativen Kosten der Anpassungsalternativen, zu denen Überstunden, Sonderschichten, temporäre Arbeitsverträge oder die Erhöhung von Lieferzeiten zählen, zugunsten von Neueinstellungen ändern. Unter diesen Bedingungen steigt die Bereitschaft der Unternehmen, im Aufschwung wieder unbefristete Neueinstellungen vorzunehmen. Demgegenüber sind die Unternehmen im Abschwung eher bereit, nicht mehr produktiv einsetzbare Arbeitnehmer zu entlassen. Auf diese Weise kann eine qualitative Anpas-

sung an den Strukturwandel durch neue Produktionstechnologien und Organisationsreformen ohne große zeitliche Verzögerung stattfinden. Die Mobilität von Arbeitskräften aus den niedergehenden Branchen in aufsteigende Industriezweige wird erhöht. Diese technologische und organisatorische Flexibilität erhöht die internationale Wettbewerbsfähigkeit und infolgedessen die gesamtwirtschaftliche Beschäftigung.

## **2.2 Juristische Kündigungsschutztheorien**

Mehr als die Tatsache, dass es keine ökonomische Theorie des Kündigungsschutzes gibt, überrascht, dass der Kündigungsschutz auch aus dem Blickwinkel der Rechtstheorie keinesfalls eine eindeutige Funktion hat (Dorndorf et al. 2001, 73f.): So gibt es Juristen die glauben, der Kündigungsschutz diene der Abwehr oder gar der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Andere sind wiederum davon überzeugt, dass das Kündigungsschutzrecht den Zweck hat, den Arbeitnehmer vor solchen Entlassungen zu schützen, die nur dem Ziel der Gewinnmaximierung dienen. Nach einer weiteren Ansicht schützt das Kündigungsschutzrecht den einzelnen Arbeitnehmer davor, dass seine Verbindung mit der Betriebsgemeinschaft einfach durchschnitten wird. Weiterhin findet sich auch die Auffassung, dass das Kündigungsschutzrecht eine Basis liefert, auf der der einzelne Arbeitnehmer sein Interesse am Arbeitsplatz und am Arbeitsentgelt verteidigen kann.

Die meisten Juristen sehen im Kündigungsschutz jedoch vor allem einen Schutz vor dem willkürlichen Entzug des Arbeitsplatzes (vgl. Jahn 2002a). Demnach sind aufgrund von asymmetrischen Machtverhältnissen Arbeitnehmer der Willkür der Arbeitgeberseite ausgeliefert. Arbeitnehmer müssen bei Entlassungen mit hohen Mobilitätskosten (Jobsuche, Umzug oder Verlust des sozialen Umfelds) rechnen, sind meist an ihr unveräußerliches betriebsspezifisches Humankapital (d.h. ihre an das Unternehmen gebundenen spezifischen Kenntnisse und Fähigkeiten) gebunden und dem Direktionsrecht der Geschäftsführung unterworfen. Im Gegensatz zum Humankapital lässt sich das Finanzkapital des Unternehmers bei funktionierenden Kapitalmärkten ohne weiteres diversifizieren. Die Imparität, die dieser Theorie zur Folge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herrscht, ist die Prämisse, die nach der herrschenden Meinung unter Juristen dem gesamten individuellen und kollektiven Arbeitsrecht sowie der gesamten Arbeitsgerichtsbarkeit zugrunde liegt. Mit dem Argument der ungleichen Machtverteilung zwischen den Vertragsparteien hat die Rechtsordnung mit Bezug auf das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes (Art. 20, Abs. 1 und Art. 28, Abs. 1 GG) die Freiheit der inhaltlichen Vertragsgestaltung eingeschränkt, um dem Kräfteungleichgewicht der Vertragsparteien entgegenzutreten. So ist die gesamte Entwicklung des Arbeitsrechts, insbesondere mit Blick auf das Niveau des Kündigungsschutzes, geprägt von der Vorstellung, die Parität der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Die Gesetzgebung und Rechtsprechung hat das bestehende Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien ex ante durch Gesetz und ex post durch Urteil zu korrigieren und somit für effiziente Markttransaktionen zu sorgen.

Ob der durch die Rechtsordnung angestrebte Ausgleich der Imparität gelingt, lässt sich jedoch bezweifeln. Denn erstens greift das Kündigungsschutzgesetz nur für Ar-



beitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit, zweitens gelten Abfindungszahlungen und prozedurale Vorschriften für ordentliche Kündigungen faktisch primär für Arbeitnehmer in größeren Firmen mit durchsetzungsfähigen Betriebsräten oder Gewerkschaften. Diese Arbeitnehmer sind jedoch im Grunde nicht die Zielgruppe eines staatlich verordneten Kündigungsschutzes, da die in Tarifverträgen ausgehandelten Kündigungskonditionen meist weit über die gesetzlich garantierten hinausgehen. Das Kündigungsschutzrecht, das idealtypisch alle Arbeitnehmer schützen soll, greift realtypisch gerade in kleinen Firmen nicht.

Drittens differenziert der auf distributive Gerechtigkeit bedachte Wohlfahrtsstaat den Bestandsschutz in der Regel nach Personenmerkmalen, die eine besondere Schutzwürdigkeit und ein privilegiertes Arbeitsverhältnis bestimmter Personenkreise begründen. Dieser spezielle Gruppenschutz bewirkt jedoch de facto eine im Durchschnitt längere Dauer der Arbeitslosigkeit von Frauen, älteren Arbeitnehmern, Jugendlichen, die Ausbildungsverträge anstreben, und von (Schwer-)Behinderten, die in allen europäischen Ländern einen besonderen Kündigungsschutz genießen. Schutzrechte, die auf idealtypische Parität ausgerichtet sind, haben somit ex ante die Wirkung einer Einstellungsbarriere und erzeugen realtypisch die schwersten Imparitäten.

Viertens schützt zwar der Kündigungsschutz den Inhaber eines Standardarbeitsverhältnisses, schadet jedoch dem arbeitslosen Bewerber im gleichen Maße. Seine Chance, nach dem Verlust des Arbeitsplatzes erneut eine Stelle zu finden, ist vergleichsweise gering. Denn in Ländern mit rigidem Kündigungsschutz ist die Abgangsrate aus der Arbeitslosigkeit vergleichsweise gering (OECD 2004, s. Abschnitt 5).

Fünftens wurde die durch das Sozialstaatsgebot geforderte idealtypische Vertragsparität in Deutschland spätestens mit Verabschiedung des Beschäftigungsförderungsgesetzes (BeschFG) von 1985 aufgegeben. Denn seit der Einführung befristeter Arbeitsverträge ist die idealtypische Parität und der allgemeine Kündigungsschutz einem steigenden Anteil von Arbeitnehmern mit temporären Verträgen zum Opfer gefallen.

### **3 Warum ein staatlicher Kündigungsschutz?**

Die dargestellten Argumente für oder gegen einen Kündigungsschutz zeigen, dass eine wohlfahrtssenkende Wirkung des Kündigungsschutzes keinesfalls eindeutig ist. Vielmehr sprechen einzelne Argumente dafür, dass es sowohl aus dem Blickwinkel der juristischen als auch ökonomischen Kündigungsschutztheorien Argumente für einen Grundkündigungsschutz geben kann, der allerdings weit unter den Normen des heutigen Kündigungsschutzrechts liegt. Warum aber ein *allgemeiner vom Staat verfügter Kündigungsschutz*?

Ein zentrales Argument zugunsten des Kündigungsschutzes ist, dass er die Schwankungen der Beschäftigung und des Lohneinkommens senken kann. Nach dieser Theorie lässt sich der Kündigungsschutz als zusätzliche „Arbeitslosenversicherung“ mit dem vorrangigen Ziel des Bestandsschutzes interpretieren. Die staatliche Arbeits-

losenversicherung bietet keinen vollen Versicherungsschutz vor dem Verlust des Erwerbseinkommens. Nach Nickell et al. (2003) beliefen sich in Deutschland die individuellen Lohnersatzquoten beim Arbeitslosengeld im Durchschnitt der Jahre 1988-95 insgesamt auf 37% und sind seit 1960 stetig gesunken.<sup>2</sup> Trotz Arbeitslosenversicherung bleibt daher ein erhebliches Restrisiko, weshalb risikoaverse Akteure zusätzlichen Schutz nachfragen. Asymmetrische Informationen, die Zwangsmitgliedschaft der Arbeitnehmer bei der staatlichen Arbeitslosenversicherung und das Zusammentreffen der konjunkturell erzeugten Einkommensrisiken verhindern ein privates Versicherungsangebot, weshalb der Staat bzw. der Gesetzgeber den Schutz vor dem Risiko des Einkommensverlusts übernehmen muss. Hinzu kommt, dass mit dem Verlust des Arbeitsplatzes nicht nur private Kosten bei den Arbeitsvertragsparteien verbunden sind, wie etwa Such- und Entlassungskosten, sondern auch soziale Kosten in Form von Lohnersatzleistungen und aktiver Arbeitsmarktpolitik, die über die Arbeitslosenversicherung und das Steuersystem finanziert werden müssen. Zwar mag ein Arbeitsplatz aus der Perspektive des Arbeitgebers unproduktiv sein, gleichzeitig hat er aus dem gesamtgesellschaftlichen Blickwinkel einen Wert. Ein allgemeiner vom Staat verfügbarer Kündigungsschutz trägt dazu bei, dass ein Arbeitgeber bei seiner Entlassungsentscheidung diesen sozialen Kosten Rechnung trägt. Somit ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Arbeitslosenversicherung und Kündigungsschutz aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive wünschenswert.

Das stärkste Argument, dass die Ökonomie anzubieten hat, um die Existenz eines allgemeinen staatlichen Kündigungsschutzes zu begründen, sind asymmetrische Informationen. Aus dem Blickwinkel der potenziellen Arbeitgeber sind Bewerber um eine Stelle ex ante nur schwer zu beurteilen – die Informationen über deren tatsächliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Motivation sind asymmetrisch verteilt. Informationsasymmetrien setzen jedoch den folgenden Selektionsmechanismus in Gang: Firmen, die freiwillig Kündigungsschutz und Abfindungen anbieten, können im Vergleich zur Konkurrenz, die dies nicht tut, nur niedrigere Löhne zahlen, um die Kosten der Schutzmaßnahmen zu finanzieren. Wären alle Arbeitgeber über die Motive und Fähigkeiten eines Bewerbers informiert – die Informationen also symmetrisch verteilt –, dann würde diese Politik zu einem Gleichgewicht mit Lohndifferentialen führen, d.h. es würden Verträge mit Kündigungsschutz und niedrigen Löhnen neben Verträgen ohne Kündigungsschutz und vergleichsweise höheren Löhnen existieren.

Bei asymmetrisch verteilten Informationen dagegen attrahiert eine Firma, die Kündigungsschutz anbietet, zunächst wegen ihres niedrigen Lohns Arbeitskräfte mit einer niedrigen Produktivität. Zweitens lockt sie wegen des privaten Kündigungsschutzes „Bummelanten“ an, da die Entlassungswahrscheinlichkeit bei der umworbenen Firma niedriger ist als bei der Konkurrenz, die auf private Kündigungsschutzangebote verzichtet. Die effektiven Lohnkosten der Firma, die einen privaten Kündigungsschutz bereitstellt, steigen infolgedessen. Sie wird schließlich von der Konkurrenz aus dem

---

<sup>2</sup> Anteil der Lohnersatzleistungen vor Steuern am vorhergehenden Bruttoeinkommen vor Steuern. Die Daten beziehen sich auf die durchschnittlichen Lohnersatzraten für zwei Einkommensniveaus (durchschnittliches Einkommen und zwei Drittel des durchschnittlichen Einkommens) sowie drei Haushaltstypen (allein stehend, mit nicht erwerbstätigem Ehepartner, mit erwerbstätigem Ehepartner).

Markt gedrängt. Auch wenn der Anteil von „Bummelanten“ nur gering ist, hält deren Existenz die Firmen davon ab, privaten Kündigungsschutz anzubieten. Nur ein allgemeines, vom Gesetzgeber erlassenes und durch die staatliche Rechtsprechung durchgesetztes Kündigungsschutzgesetz verhindert den geschilderten Prozess der negativen Auslese und die Konzentration von „Bummelanten“ in Firmen, die Maßnahmen zum Bestandsschutz ergreifen.

Wird den Vertragsparteien – wie vom Kronberger Kreis kürzlich vorgeschlagen – ein privatvertragliches Wahlrecht zwischen Bestandsschutz, Abfindung und Lohnzuschlag eingeräumt, müssen Arbeitskräfte mit Verträgen, die einen Lohnzuschlag vorsehen, zuerst mit einer Entlassung rechnen, ihnen folgen Arbeitskräfte mit Abfindungsverträgen (Donges et al. 2004). Von diesen Arbeitnehmern können sich die Firmen am schnellsten trennen. Die Folge ist, dass für diese Arbeitnehmer die Kündigungswahrscheinlichkeit im Vergleich zu einem System mit staatlichem Kündigungsschutz steigt. Da ein Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Verhandlung des Arbeitsvertrages dem Bewerber nicht glaubhaft zusichern kann, dass er auch in Zukunft keine Bestandsschutzverträge schließt, muss er damit rechnen, dass er besonders produktive Bewerber ohne Zusicherung von Bestandsschutz nicht oder nur mit Abfindungen, die weit über den tatsächlichen Mobilitätskosten liegen, anwerben kann. Akzeptiert man die der Lebenswirklichkeit entsprechende Annahme der asymmetrischen Information über die Fähigkeiten und Eigenschaften der Bewerber, wird die vom Kronberger Kreis vertretene These zweifelhaft, dass im Gleichgewicht des Arbeitsmarktes private Arbeitsverträge mit allen nachgefragten Klauseln zum Schutz vor Einkommens- und Bestandsrisiken angeboten werden.

## **4 Kosten des Kündigungsschutzes**

Das seit 1951 geltende deutsche Kündigungsschutzgesetz hebt die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers grundsätzlich auf. Allerdings wirkt der Kündigungsschutz nicht automatisch. Vielmehr zwingt er die Arbeitnehmer bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit einer Kündigung geradezu vor Gericht (Hoyningen-Huene, Linck 2001). Die Arbeitsgerichte in Deutschland bilden einen selbständigen Zweig der Rechtspflege. Neben „Urteilsverfahren“ (Rechtsstreitigkeiten aus Tarifverträgen und aus dem Arbeitsverhältnis wie z.B. Kündigungen) mit 845.160 Klagen waren die Arbeitsgerichte (ohne Landesarbeitsgerichte und Bundesarbeitsgericht) im Jahr 2003 u.a. mit 68.887 „Mahnverfahren“ (Geltendmachung von Geldforderungen) und 16.153 „Beschlussverfahren“ (Streitigkeiten aus dem BetrVG, dem Sprecherausschussgesetz, Verhandlungen über die Tariffähigkeit von Koalitionen) befasst. Von den Urteilsverfahren blieben am Jahresende 209.388 Klagen unerledigt, von den 635.772 erledigten Klagen drehten sich 327.957 oder 51,6% allein um Kündigungsfragen. Hinzu kamen 34.892 Berufungsverfahren vor den Landesarbeitsgerichten. Die Verfahrensdauer betrug in erster Instanz im Jahr 2003 bei 35,3% der Klagen mehr als 3 Monate und bei 15,4% der erledigten Klagen sogar länger als ein halbes Jahr. Nur 21,6% der erledigten Klagen wurden in den ersten vier Wochen nach Klageerhebung abge-

schlossen, weitere 43,0% nach ein bis drei Monaten. In den letzten beiden Fällen dürfte es sich beinahe ausschließlich um Fälle handeln, die im Güetermin, der einer Verhandlung vor Gericht vorausgeht, einvernehmlich – meist über einen Vergleich – erledigt wurden. Denn ein Kündigungsschutzprozess kann nur in den seltensten Fällen innerhalb der ersten drei Monate mit einem Urteil abgeschlossen werden. Bedenkt man, dass bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen selbst nach der Einschätzung der meisten Arbeitsrechtler eine gerechtfertigte Entlassung kaum noch möglich ist, ist es nicht erstaunlich, dass die meisten Betriebe aus „betriebsbedingten Gründen“ entlassen, auch wenn die eigentliche Ursache im Verhalten oder in der Person des Entlassenen liegt (vgl. z.B. Rütters 1998, 2003, Willemsen 2000). Eine Wiedereinstellung gelingt nur in den seltensten Fällen.

Die Kosten und negativen Anreizwirkungen eines strikten staatlichen Kündigungsschutzes sind beträchtlich. Zu den Kosten zählen neben Abfindungszahlungen auch Gerichtskosten sowie Kosten, die durch gesetzlich vorgeschriebene Kündigungsfristen, Sozialpläne oder Lohnfortzahlung geschützter Personengruppen hervorgerufen werden. Neben den bei einem Kündigungsprozess vereinbarten Abfindungszahlungen können in der Zeit bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in erster oder zweiter Instanz Weiterbeschäftigungskosten von sechs bis zwölf Monatsentgelten entstehen. Für die Firmen kann das die Zahlung eines Jahresgehaltes oder mehr bedeuten. Hinzu kommt, dass mit dem Verlust des Arbeitsplatzes nicht nur private Kosten bei den Arbeitsvertragsparteien verbunden sind, sondern auch soziale Kosten in Form von Arbeitslosenunterstützung, aktiver Arbeitsmarktpolitik und Gerichtskosten. Für den einzelnen Arbeitnehmer setzt das herrschende Kündigungsschutzrecht kaum Anreize, während der Klage nach einer neuen Stelle Ausschau zu halten. Ein neuer Arbeitsplatz würde seine Verhandlungsposition vor Gericht entscheidend schwächen, klagt er doch auf Weiterbeschäftigung am alten Arbeitsplatz.

Aggregierte Daten über die in Deutschland gezahlten Abfindungen können der amtlichen Statistik entnommen werden. Das Statistische Bundesamt erhebt seit 1972 in regelmäßigen Abständen eine Stichprobe zu Personal- und Personalnebenkosten in Unternehmen mit zehn und mehr Beschäftigten. Westdeutsche Betriebe im produzierenden Gewerbe gaben 2000 rund 2 Mrd. Euro für Abfindungen aus. Damit betragen die Kosten, die in Deutschland infolge des staatlichen Kündigungsschutzes entstehen, zurzeit etwa 0,6% der gesamten Personalkosten oder durchschnittlich 303 Euro pro Beschäftigten.

Im Vergleich zu Betrieben mit zehn oder mehr sozialversicherungspflichtig Beschäftigten betrug im Jahr 2000 die durchschnittliche Abfindung in Betrieben mit 500 und mehr Beschäftigten das ca. 1,6-fache. Die Regelungen zur Mitbestimmung durch den Betriebsrat, der vor jeder Kündigung angehört werden muss, da sonst die Kündigung unwirksam ist, könnten hierfür die Ursache sein. Zwar liegt der Schwellenwert, ab dem eine betriebliche Arbeitnehmervertretung gewählt werden kann, bei fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern (§1 BetrVG), jedoch verfügen meist nur größere Betriebe über einen Betriebsrat (Addison, Schnabel, Wagner 2000).

Tabelle 1: Entlassungsentschädigungen im produzierenden Gewerbe in Firmen mit mehr als 10 Arbeitnehmern – Westdeutschland 1972-2000

	Entlassungsentschädigungen in Mio. Euro <sup>a)</sup>	Entlassungsentschädigungen pro Beschäftigten <sup>b)</sup> in Euro		Anteil der Entlassungsentschädigungen an den gesamten Personalkosten pro Beschäftigten in %
		Firmen mit mehr als 10 Beschäftigten	Firmen mit mehr als 500 Beschäftigten	
1972 <sup>c)</sup>	76,7	10	14	0,1
1975	283,4	33	54	0,2
1978	341,9	39	62	0,2
1981	612,0	82	116	0,3
1984	1 308,7	167	276	0,6
1988	1 382,2	173	269	0,8
1992	3 249,1	386	622	1,0
1996	3 503,9	509	816	1,2
2000	2 033,2	303	487	0,6

<sup>a)</sup> Die Daten für 1972-1996 wurden mit dem offiziellen Umrechnungsfaktor in Euro umgerechnet.  
<sup>b)</sup> Vollzeitbeschäftigte und entsprechend ihrer geleisteten Arbeitszeit in Vollzeiteinheiten umgerechnete Teilzeitarbeitnehmer, ohne Auszubildende, <sup>c)</sup>Walwei 2000, 105, Quelle: Jahn (2004).

Auswertungen des Sozioökonomischen Panels (SOEP) für das Jahr 2000/2001 zeigen, dass in den Fällen, in denen die Befragten Angaben über die Höhe der erhaltenen Abfindung machten, die gezahlten Abfindungen zwischen 250 Euro und 133.000 Euro lagen. Im Durchschnitt zahlten die Unternehmen 10.000 Euro, der Median betrug 5.000 Euro (vgl. Jahn 2004).<sup>3</sup> Auf der Basis allgemeiner Überlegungen kommt der Sachverständigenrat (2003) mit 6.000 Euro zu ähnlichen Werten. Die Abfindungen streuen erwartungsgemäß breit und nehmen mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Alter zu. Die höchsten Abfindungen werden bei Auflösungsverträgen gezahlt. Dies lässt sich mit der folgenden betrieblichen Praxis erklären: Unternehmen bieten Arbeitnehmern Abfindungsbeträge an, die weit über den gesetzlich vorgeschlagenen Werten liegen, falls sie einer Auflösung des Arbeitsvertrages zustimmen. Schließen die Parteien während eines Kündigungsschutzprozesses einen Vergleich, kommt es ebenfalls zur Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen. Da die Unternehmen die im Fall eines verlorenen Prozesses nötigen Lohnfortzahlungskosten vermeiden wollen, sind sie bereit Abfindungen anzubieten, die über den gesetzlichen Vorschriften liegen.

Nimmt man die Zahl der erledigten Kündigungsschutzklagen als Indikator für die Zahl der vor Gericht ausgetragenen Entlassungen und setzt sie in das Verhältnis zu den arbeitgeberseitigen Kündigungen, so erhält man einen Eindruck vom Anteil der arbeitgeberseitigen Kündigungen, die durch die Arbeitsgerichte entschieden werden (Jahn, Schnabel 2003). Im Jahr 2000/2001 lag die Wahrscheinlichkeit, dass eine Kündigung rechtliche Folgen hat, bei 27%. Rechnet man die Zahl der im gegenseitigen Einvernehmen beendeten Arbeitsverhältnisse zu den arbeitgeberseitigen Kündigungen hinzu, ergibt sich für das Jahr 2000/2001 immerhin noch eine Klagewahrscheinlichkeit von 17%. Offenbar setzt das herrschende Kündigungsrecht erhebliche Anreize, Entlassungen vor dem Arbeitsrichter auszutragen. Setzt man die Zahl der Klagen in das Verhältnis zu den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten,

<sup>3</sup> Sortiert man die Abfindungen der Größe nach, so ist der Wert, der in der Mitte dieser Reihe liegt, der Median.

zeigt sich, dass pro Jahr ca. einer von 100 Arbeitnehmern einen Kündigungsschutzprozess führt.

Die privaten Rechtsdurchsetzungskosten, zu denen Gerichts- und Anwaltskosten zählen, sind in Deutschland auch im internationalen Vergleich gering: In der ersten Instanz muss jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen. Gerichtskosten fallen nur an, wenn der Prozess mit einem Urteilsspruch endet; sie sind von der unterlegenen Partei zu tragen. Grundlage für die Ermittlung der Gerichts- und Anwaltskosten ist der Streitwert, der bei Kündigungsschutzklagen üblicherweise mit drei Brutto-Monatsgehältern veranschlagt wird. Legt man den durchschnittlichen Brutto-Monatsverdienst im produzierenden Gewerbe von ca. 3.200 Euro im Jahr 2002 zugrunde, muss der Kläger für eine verlorene Klage max. 2.300 Euro kalkulieren. Legt man die durchschnittliche Abfindung in Höhe von 10.000 Euro zugrunde und berücksichtigt, dass ca. 75% aller Kündigungsschutzprozesse zugunsten des Arbeitnehmers entschieden werden, beträgt der Erwartungswert eines Kündigungsschutzprozesses ca. 6.920 Euro. Legt man den Median der Abfindung zugrunde, beträgt die erwartete Abfindung immerhin noch 3.175 Euro.<sup>4</sup> Besteht eine Rechtsschutzversicherung für arbeitsgerichtliche Streitigkeiten, übernimmt sie die Anwalts- und Gerichtskosten. Sind die Parteien Mitglieder bei einem Arbeitgeberverband oder einer Gewerkschaft, werden sie in der Regel kostenlos vertreten.

Vor dem Hintergrund der niedrigen Rechtsdurchsetzungskosten liegt es auf der Hand, dass das heutige Kündigungsschutzgesetz erhebliche Anreize für eine Kündigungsschutzklage bietet. Denn ein Arbeitnehmer, der von einer Gewerkschaft vertreten wird oder eine Rechtsschutzversicherung besitzt, muss im Klagefall mit keinen finanziellen Verlusten rechnen.

## **5 Empirische Ergebnisse zur Wirkung des Kündigungsschutzes**

Um die Stringenz des Kündigungsrechts international zu vergleichen, hat die OECD (2004) nationale gesetzliche Vorschriften, die Entlassungen regeln, für die 80er und 90er Jahre sowie für das Jahr 2003 ausgewertet und die Länder nach ihrer Regulierungsdichte klassifiziert. Die Rigiditätsindikatoren, die eine Spannweite zwischen 0 und 6 haben können, geben über die Regelungsintensität des Kündigungsschutzes Auskunft. Mit dem Punktwert nimmt auch die Stringenz der jeweiligen Regelung zu. Deutschland verfügt demnach über einen relativ strengen Kündigungsschutz. Mit Blick auf die Vorschriften, die Einzelentlassungen regeln (regulärer Kündigungsschutz), rangierte Deutschland im Jahr 2003 unter den 28 analysierten Ländern auf Platz 23. Über einen noch rigideren Kündigungsschutz verfügten lediglich Schweden, die Niederlande, Tschechien, Slowakei und Portugal (s. Abbildung 1).

---

<sup>4</sup> Die erwartete Abfindung ergibt sich, wenn man die durchschnittliche Abfindung mit der Wahrscheinlichkeit gewichtet den Prozess zu gewinnen (75%) und hiervon den Verlust im Falle eines verlorenen Kündigungsschutzprozesses abzieht, der mit der Wahrscheinlichkeit von 25% eintritt: Erwartete Abfindung = 10.000 Euro\*0,75-2.300 Euro\*0,25.

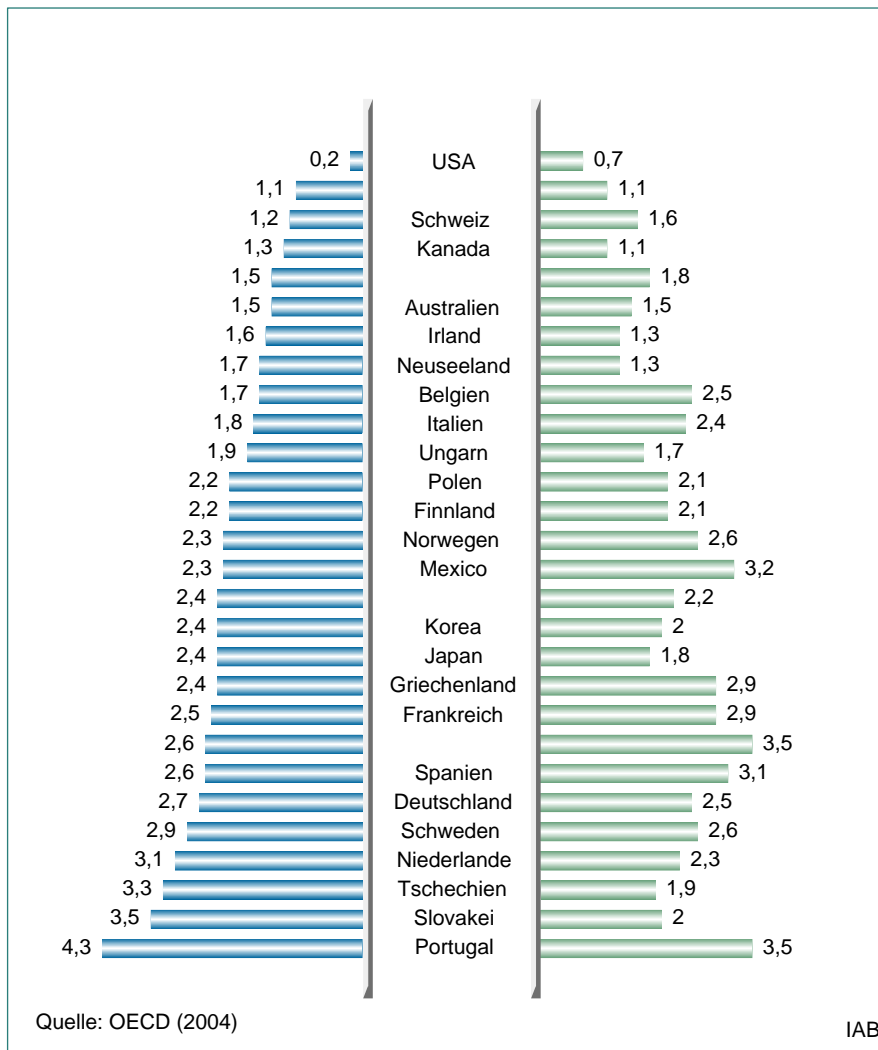


Abbildung 1: Stringenz des Kündigungsschutzes im internationalen Vergleich

Berücksichtigt man neben den Normen des individuellen Kündigungsschutzes noch die Vorschriften zu Massenentlassung und temporären Arbeitsverträgen, zu denen die Leiharbeit und die befristete Beschäftigung gehören, nimmt Deutschland zusammen mit Belgien immerhin noch Rang 20 ein (s. Abbildung 1). Dabei sind weniger die Abfindungsbeträge im Falle einer Kündigung die Ursache für das schlechte Abschneiden Deutschlands, sondern die vergleichsweise aufwändigen prozeduralen Verfahrensvorschriften und die durch Gesetz verfügte Aufhebung der Kündigungsfreiheit, wozu auch die Klagemöglichkeit auf Weiterbeschäftigung gehört.

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die in unregelmäßigen Zeitabständen stattfindende Arbeitgeberbefragung der Europäischen Kommission im Jahr 2000. Eine Zufallsauswahl von Unternehmen wurde danach gefragt, warum die Geschäftsführungen gegenwärtig nicht mehr Arbeitskräfte beschäftigen. Häufigster Hinderungsgrund für zusätzliche Einstellungen sind die prozeduralen Vorschriften bei einer Entlassung. Im EU-Vergleich nehmen nur niederländische Unternehmen die Rechtsprechung ähnlich rigide wahr. Hingegen messen die deutschen Unternehmen der Höhe der Abfindung kaum ein wesentliches Gewicht bei, wenn es um die Frage der Neueinstellungen

geht. Die von der OECD erarbeiteten Indices für die Stringenz des Kündigungsschutzes sowie die Rangordnung auf der Basis der Befragung der Europäischen Kommission bilden die Grundlage, auf der die Leistungsfähigkeit der Arbeitsmärkte in vielen neueren Untersuchungen analysiert wird.<sup>5</sup>

Die empirischen Untersuchungen zu den Arbeitsmarktwirkungen des Kündigungsschutzes zeigen ein differenziertes Bild (s. Tabelle 2). So gibt es kaum Hinweise, dass die Regelungsdichte einen Einfluss auf Beschäftigungsniveau und Arbeitslosigkeit hat. Die meisten empirischen Untersuchungen sind sich jedoch in einem Punkt einig: Ein rigider Kündigungsschutz senkt den Zugang in die Arbeitslosigkeit und die Abgänge aus der Arbeitslosigkeit. Auf diese Weise steigt der Anteil der Langzeitarbeitslosen und die durchschnittliche Dauer der Arbeitslosigkeit nimmt zu.

Tabelle 2: Allokative Wirkungen des Kündigungsschutzes

Indikatoren	Effekte
Arbeitslosenquote	nicht eindeutig
Anteil der Langzeitarbeitslosigkeit	nimmt zu
Dauer der Arbeitslosigkeit	nimmt zu
Fluktuation in Beschäftigung und aus Arbeitslosigkeit	negativ, Beschäftigungsdauer nimmt zu, geringerer Arbeitskräfteumschlag
Struktur der Beschäftigung	negativ für Frauen und Jugendliche (alle signifikant); positiv für männliche Arbeitnehmer im Haupterwerbsalter; Ältere (statistisch nicht robust)
Beschäftigungsniveau	eher neutral, allenfalls schwach negativ
Beschäftigungsdynamik	Glättender Einfluss über den Konjunkturzyklus, negativ Bruttostellengewinne, Bruttostellenverluste nicht signifikant
Produktivität	nicht eindeutig
Strukturwandel vom sekundären zum tertiären Sektor	Anpassungsgeschwindigkeit sinkt
Alternative Anpassungsstrategien	zu Gunsten von Selbständigkeit und Anpassung über Überstunden
Investition in firmenspezifisches Humankapital	nehmen zu, statistisch nicht robust
Arbeitskosten	steigen

Auch ist der Kündigungsschutz mit Rücksicht auf die Arbeitslosen- und Beschäftigtenstruktur keineswegs neutral. Der Bestandsschutz differenziert nach Personenmerkmalen. Während männliche Arbeitnehmer im Haupterwerbsalter von einem umfassenden Kündigungsschutz profitieren, gehören Personengruppen, die einen besonderen Kündigungsschutz genießen und durch die Kriterien der Sozialauswahl geschützt sind, auf regulierten Arbeitsmärkten zu den Verlierern. Betroffen hiervon sind vor allem Berufseinsteiger, Frauen im Haupterwerbsalter und Jugendliche, die eine im Durchschnitt längere Arbeitslosigkeitsdauer in Kauf nehmen müssen. Damit tritt auch ein Zielkonflikt auf einzelwirtschaftlicher Ebene ans Licht: Zwar begünstigt der Kündigungsschutz die Beschäftigten, jedoch ist die Chance, den Pool der Ar-

<sup>5</sup> Ein umfassender Überblick über empirische Studien, die den Einfluss des Kündigungsschutzes auf makroökonomische Indikatoren untersuchen, sowie eine Diskussion der Ergebnisse findet sich bei Jahn (2002a).



beitslosen wieder zu verlassen, für Erwerbslose und Personengruppen mit oben genannten Merkmalen gering.

Indem der Kündigungsschutz die Zahl der Einstellungen und Entlassungen über den Konjunkturzyklus glättet, reduziert er die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen auf Nachfrageschocks, der Arbeitskräfteumschlag nimmt ab und die durchschnittliche Beschäftigungsdauer steigt. Dass der Kündigungsschutz über diesen Kanal Einfluss auf die Zahl der neu geschaffenen Stellen und eng damit verbunden auf die Produktivität hat, konnten Gomez-Salvador et al. (2004) empirisch belegen. Der Einfluss auf die Vernichtung von Stellen ist hingegen nicht signifikant. Die These, dass der Kündigungsschutz Einfluss auf den Strukturwandel in einer Volkswirtschaft hat, lässt sich nach den Auswertungen von Nickell et al. (2004) mit den Methoden der empirischen Wirtschaftsforschung eindeutig bestätigen. Für Deutschland gilt insbesondere, dass der Kündigungsschutz den Strukturwandel vom produzierenden Sektor zum Dienstleistungssektor bremst.

Nickell et al. (2003) haben ferner den Einfluss des Kündigungsschutzes auf die Effizienz, mit der offene Stellen und Arbeitslose zusammen finden, untersucht. Zunächst ist überraschend, dass ein stringenter Kündigungsschutz die Matching-Effizienz sogar zu erhöhen scheint. Die Autoren vermuten, dass die Personalauswahl in Ländern mit rigidem Kündigungsschutz sorgfältiger ist als in Ländern mit liberalem Kündigungsrecht, denn eine Fehlentscheidung der Personalverantwortlichen hat in Ländern mit stringenter Kündigungsschutz schwerwiegendere Folgen. Ferner bestätigt die empirische Analyse, dass der Kündigungsschutz die realen Arbeitskosten in die Höhe treibt.

Für die These, dass der Kündigungsschutz Investitionen in firmenspezifisches Humankapital fördert, gibt es nur spärliche empirische Befunde. Die OECD (1994) hat gezeigt, dass gerade Firmen in Ländern mit niedrigen Kündigungsraten und einer langen Beschäftigungsdauer mehr in die Aus- und Weiterbildung ihrer Mitarbeiter investieren. Ferner zeigen Estevez-Abe/Iversen/Soskice (2001), dass die spezifische Kombination aus Kündigungsschutz und Versicherung gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit das Profil aus spezifischen und allgemeinen Kenntnissen, das sich in diesem Land herausbildet, bestimmt. Der Kündigungsschutz verstärkt die Neigung, in firmenspezifische Kenntnisse zu investieren; der Schutz vor dem Risiko der Arbeitslosigkeit ermöglicht dagegen den Erwerb industriespezifischen Wissens. Hingegen investieren Arbeitnehmer in Ländern mit geringem Kündigungsschutz und niedriger Arbeitslosenversicherung wie in den USA vor allem in allgemeines Humankapital.

Im Herbst 2003 befragte das Institut der deutschen Wirtschaft in Köln 859 Unternehmen mit mindestens 10 sozialversicherungspflichtig Beschäftigten nach der Wirkung von verschiedenen Arbeitsmarktregulierungen auf das Rekrutierungsverhalten (Janßen 2004). Am häufigsten (93%) gaben die Unternehmen an, dass die hohen Lohnnebenkosten sie von Neueinstellungen abhalten, gefolgt von der allgemeinen Wirtschaftslage (88%) und der Steuerbelastung (83%). Immerhin noch 77% der Unternehmen gaben an, dass das komplizierte Arbeitsrecht sie von der Ausweitung der Beschäftigung abhalten würde. Bei den arbeitsrechtlichen Einschränkungen rangierte

der gesetzliche Kündigungsschutz an erster Stelle. So gaben 80% der Unternehmen an, dass der Kündigungsschutz der Schaffung neuer Arbeitsplätze entgegen stünde, 57% der Betriebe ließen sich aus diesem Grund von Neueinstellungen abhalten. Die „Dauer der Arbeitsgerichtsprozesse“ gaben 69% der befragten Betriebe als Einstellungshindernis an, bei 39% der Betriebe war dies in der Vergangenheit einmal ein Grund dafür, kein zusätzliches Arbeitsverhältnis einzugehen. Nach den Kosten und Risiken des Mutterschutzes rangierte das Befristungsrecht an fünfter Stelle. Immerhin noch 58% der Unternehmen empfanden das Befristungsrecht als Einstellungshindernis, 29% der Betriebe haben deshalb schon einmal ein befristetes Arbeitsverhältnis nicht abgeschlossen.

Trotz der umfangreichen Literatur über den Einfluss des Kündigungsschutzes verbleiben erhebliche Zweifel über die Wirkung des Kündigungsschutzes, da viele Ergebnisse nicht eindeutig und häufig nicht statistisch robust sind. Ein wichtiger Grund für die ambivalenten Ergebnisse ist, dass sich die meisten Studien auf internationale Vergleiche beziehen. Die damit verbundenen Indikatoren sind mit erheblichen Problemen verbunden, was die Vergleichbarkeit zwischen den Ländern betrifft. Dies gilt auch für den diskutierten Index der Stringenz des Kündigungsschutzes der OECD, der andere Anpassungsmechanismen wie etwa Kurzarbeit, das System der Arbeitslosenversicherung, die Art der Tarifverhandlungen und private Vereinbarungen in Arbeitsverträgen nicht berücksichtigen kann.

Eine weitere Schwierigkeit bei der Auswertung von Rechtsnormen liegt darin, dass Rechtsprechung, Rechtsauslegung, ergänzende und erweiterte Vereinbarungen in Tarifverträgen sowie in einigen Ländern die Schiedsverfahren dem Kündigungsschutz eine Dimension hinzufügen, die nicht in den jeweiligen gesetzlichen Mindeststandards enthalten sind. So haben beispielsweise die deutschen Tarifparteien in Manteltarifverträgen und Rationalisierungsschutzabkommen den Ausschluss der ordentlichen Kündigung für einen Kreis von Arbeitnehmern beschlossen, der sich nach dem Lebensalter (40 bis 55 Jahre) und der Dauer der Betriebszugehörigkeit (3 bis 20 Jahre) richtet. Eine Auswertung des beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung geführten Tarifregisters ergab für 2003, dass für ca. 54,7% der tarifvertraglich erfassten Arbeitnehmer mit obigen Merkmalen die ordentliche Kündigung ausgeschlossen war (vgl. Wagner, Jahn 2004). Die tatsächlichen Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern lassen sich somit letzten Endes nicht zufrieden stellend erfassen und darstellen.

Die Einschätzung der Stringenz des Kündigungsschutzes auf der Basis von gesetzlichen Vorschriften ist somit allenfalls eine Näherung an die real existierenden Verhältnisse. Um das tatsächliche Niveau des Bestandsschutzes abzubilden, müsste nach Maßen gesucht werden, die die zunehmende Komplexität des Kündigungsschutzes berücksichtigen und die Interaktionen mit anderen Arbeitsmarktinstitutionen erfassen. So zeigt Belot et al. (2000), dass die Interaktion des Kündigungsschutzes mit anderen Institutionen des Arbeitsmarktes die Wirkung des Kündigungsschutzes sowohl verstärken als auch schwächen kann. Scarpetta et al. (2002) belegen, dass ein stringenter Kündigungsschutz die Verhandlungsmacht der Arbeitsplatzbesitzer

bei kollektiven Lohnverhandlungen stärkt. Ein stringenter Kündigungsschutz hat gerade in Ländern wie Deutschland, in denen die Tarifverhandlungen auf Industriebene geführt werden (mittlerer Zentralisierungsgrad der Lohnverhandlungen), schwerwiegendere Folgen als in Ländern, in denen die Lohnverhandlungen dezentral oder stark zentralisiert durchgeführt werden. Empirische Arbeiten, die die Interaktionseffekte zwischen den Arbeitsmarktinstitutionen nicht berücksichtigen, laufen somit das Risiko, einen wichtigen Aspekt der Wirkung des Kündigungsschutzes außer Acht zu lassen.

## 6 Reform des Kündigungsschutzes aus ökonomischer Perspektive

Mit dem „Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt“ hat der Deutsche Bundestag Änderungen im Befristungs- und Kündigungsschutzrecht beschlossen. Die wichtigsten Änderungen des Gesetzes sind in Tabelle 3 zusammengefasst und werden im Folgenden einer kritischen Überprüfung unterzogen (s. auch Jahn, Walwei 2003, 2004).

Tabelle 3: Wichtigste Änderungen des Kündigungsschutzrechts zum 1.1.2004

- Das Kündigungsschutzgesetz gilt erst in Betrieben mit mehr als 10 Arbeitnehmern. Allerdings behalten Arbeitnehmer, die am 31.12.2003 nach der alten Regelung (Schwellenwert: mehr als 5 Arbeitnehmer) Kündigungsschutz hatten, ihre bisherige geschützte Stellung.
- Die Sozialauswahl wird auf die Kriterien Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers beschränkt. Ausgenommen hiervon sind Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder der Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.
- Klagen gegen eine Kündigung sind binnen drei Wochen zu erheben.
- Kündigt der Arbeitgeber betriebsbedingt und bietet dem Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben gleichzeitig eine Abfindung an, hat der Arbeitnehmer ein Wahlrecht, ob er eine Kündigungsschutzklage erhebt oder die Abfindung wählt. Die Höhe der Abfindung beträgt  $\frac{1}{2}$  Monatsgehalt pro Jahr Betriebszugehörigkeit.
- Existenzgründer können in den ersten vier Jahren nach ihrer Unternehmensgründung befristete Arbeitsverträge ohne sachlichen Befristungsgrund bis zu einer Dauer von vier Jahren abschließen, anstatt bis zu zwei Jahren, wie es das Teilzeit- und Befristungsgesetz für alle anderen Betriebe vorsieht.

Quelle: Jahn/Walwei (2004)

### 6.1 Kleinbetriebsklausel

Die erste Änderung setzt am Kern des Beschäftigungsschutzes, nämlich dem Kündigungsschutz für das „Normalarbeitsverhältnis“, an. Seit Januar 2004 gilt das Kündigungsschutzgesetz erst in Betrieben mit mehr als 10 Arbeitnehmern. Allerdings gilt diese Regelung nur für neu eingestellte Mitarbeiter. Damit ist der Gesetzgeber weitgehend zum früheren Recht zurückgekehrt. Bereits 1996 wurde der Schwellenwert für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes auf 10 Arbeitnehmer angehoben und 1999 wieder auf fünf abgesenkt. Die damalige Regierung erhoffte sich von dieser

Maßnahme zusätzliche 200.000 Arbeitsplätze. Allerdings können empirische Untersuchungen zu der Wirkung von Schwellenwerten keinen Einfluss auf die Arbeitsplatzdynamik in Kleinbetrieben nachweisen, denn das Einstellungsverhalten von Betrieben an der Schwelle des Kündigungsschutzgesetzes unterschied sich nicht von den Betrieben unmittelbar vor oder hinter dem Schwellenwert (Wagner, Schnabel, Kölling 2001; Verick 2004, Bauer et al. 2004). Dies spricht dafür, dass Betriebe Einstellungen nicht ausschließlich von dem Schwellenwert des KSchG abhängig machen. Darüber hinaus haben auch Betriebe, die unter dem Schwellenwert liegen, bei der Entlassung soziale Gesichtspunkte zu prüfen. Andererseits scheint die von 1996 bis 1998 gültige Anhebung der Gesetzesschwelle auf mehr als 10 Beschäftigte nicht gänzlich ohne Wirkung geblieben zu sein: In dieser Zeit ging in Betrieben mit sechs bis 10 Mitarbeitern, die nicht mehr unter den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fielen, der Einsatz von befristeten Beschäftigungsverhältnissen signifikant zurück (Bookmann, Hagen 2001).

Bei der Interpretation dieser Ergebnisse ist ferner zu bedenken, dass die Ausweitung des Schwellenwertes im Jahr 1996 in eine Phase des allgemeinen Beschäftigungsabbaus fiel. Hinzu kommt, dass infolge der drei Jahre geltenden Übergangsregelungen die meisten Entlassungen nicht von dem neuen Schwellenwert betroffen waren. Dass die Ausweitung des Schwellenwertes keine signifikanten Wirkungen hatte, könnte auch eine Folge von Informationsdefiziten gewesen sein. Denn Kleinunternehmen sind nicht vollständig informiert über die jeweils geltenden Schwellenwerte, die auch bei der Wahl eines Betriebsrates (BetrVG), der Beschäftigungspflicht von Schwerbehinderten (SGB IX), beim Anspruch auf Teilzeitarbeitsplätze (TzBfG) und sogar bei der Einrichtung von nach Geschlecht getrennten Toilettenräumen (ArbStättV) zu berücksichtigen sind. Dies gilt umso mehr, wenn Schwellenwerte alle drei bis fünf Jahre angepasst werden. Diese These wird von einer im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft durchgeführten Arbeitgeberumfrage bestätigt: Ein halbes Jahr nach der Ausweitung des Schwellenwertes des KSchG im Jahr 1997 wurde nach dem Bekanntheitsgrad der Änderung der Kleinbetriebsklausel gefragt. Zu diesem Zeitpunkt kannten nur ca. 60% der betroffenen Betriebe mit sechs bis zehn Beschäftigten diese Vorschrift. Den Kleinbetrieben bis fünf Arbeitskräften war diese Vorschrift sogar nur zu 43% bekannt.

## **6.2 Sozialauswahl**

Auch hinsichtlich der Kriterien für die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen dreht die Regierung das Rad ein Stück zurück, denn zwischen 1996 und 1998 waren diese bereits konkretisiert worden. Statt der wenig greifbaren „sozialen Gesichtspunkte“ werden die Kriterien für die Sozialauswahl erneut auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers begrenzt. Neu hinzugekommen ist, dass nun auch eine etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers eine Rolle spielen kann. Auch können nun Leistungsträger zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur aus der Sozialauswahl ausgenommen werden. Dadurch wird nach Ansicht des Gesetzgebers sichergestellt,

dass betriebsbedingte Kündigungen nicht zur Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Betriebes führen. Sieht man einmal von der Berücksichtigung einer Schwerbehinderung ab, galten diese Normen bereits in ähnlicher Fassung zwischen 1996 und 1998. Will ein Arbeitgeber sich in Zukunft darauf berufen, dass er Leistungsträger nicht bei der Sozialauswahl berücksichtigen will, ist er gut beraten, wenn er deren Leistungen und Fähigkeiten regelmäßig dokumentiert. Denn das Bundesarbeitsgericht hat im Jahr 2002 entschieden, dass bei der Herausnahme von „Leistungsträgern aus der Sozialauswahl ... der Arbeitgeber das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des Leistungsträgers abwägen [muss]“ (BAG, Urteil vom 12.4.2002, 2 AZR 706/00). Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Leistungsträger“ und „ausgewogene Personalstruktur“ tragen jedoch kaum zu der intendierten höheren Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen bei. Der vermutete Gestaltungsspielraum mit Blick auf die Sozialauswahl auf Unternehmensseite ergibt sich nach diesen Überlegungen wohl kaum.

Ziel der neuen Normen ist, dass die korrekte Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen für die Unternehmen leichter gelingt. Auch wenn es – wie der nächste Abschnitt zeigt – aus ökonomischem Blickwinkel prinzipielle Einwände gegen Sozialkriterien gibt, trägt diese Regelung dazu bei, dass der Ausgang eines Kündigungsschutzprozesses berechenbarer wird, denn die gerichtliche Nachprüfbarkeit ist nun auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt.

### **6.3 Abfindung statt Bestandsschutz**

Die wohl grundlegendste Änderung im neuen Kündigungsschutzrecht ist die Abfindungsoption. Arbeitgeber können fortan dem Gekündigten bei einer betriebsbedingten Kündigung ein Wahlrecht zwischen einer Kündigungsschutzklage und einer Abfindung einräumen.

Ist das Bestandsschutzprinzip, das den Arbeitnehmer vor der Willkür des Arbeitgebers schützt, nun endgültig dem Abfindungshandel zum Opfer gefallen? Nein, denn erstens war die einvernehmliche Auflösung eines Arbeitsvertrages gegen Abfindung schon vor der Reform des Kündigungsschutzrechtes möglich und üblich. Zweitens gilt diese Regelung nur für betriebsbedingte Kündigungen. Drittens muss sich der Arbeitnehmer für Geld oder Prozess erst bei Eintritt der Kündigung entscheiden. Zudem greift folgender Mechanismus: Will der Arbeitgeber diese neue Option nutzen, ist er verpflichtet im Kündigungsschreiben zu bekennen, dass er aus betriebsbedingten Gründen entlässt, gleichzeitig muss er die gesetzlich festgelegte Abfindung anbieten. Mit einem solchen Entlassungsschreiben signalisiert er jedoch, dass er Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Kündigung hegt, andernfalls würde er ja keine Abfindung anbieten. Somit hat der auf Abfindung pochende Arbeitnehmer erst recht einen Anreiz, einen Prozess anzudrohen, da die Hoffnung, dass der Arbeitgeber im Güetermin einlenken wird und eine Abfindung anbietet, die weit über den gesetzlich vorgeschriebenen Beträgen liegt, nicht unbegründet ist. Denn verliert der Arbeitgeber den Prozess, muss er wie bisher nicht nur die Abfindung, sondern auch

die Lohnfortzahlungskosten tragen. Somit ist zu erwarten, dass diese Neuregelung in Zukunft höhere Abfindungen zur Folge haben wird.

Die Einschränkung der Abfindungsregelung auf betriebliche Gründe hat einen weiteren Nachteil: Denn wie bisher stellt die Rechtsprechung an personen- und verhaltensbedingte Kündigungen hohe Anforderungen. Bereits heute werden personen- oder verhaltensbedingte Kündigungen mit „betrieblichen Erfordernissen“ vor Gericht begründet. Der Anreiz zum Verbergen der wahren Kündigungsgründe bleibt bei der Neuregelung auf diese Weise bestehen und hätte zwangsweise weiterhin Kündigungsschutzprozesse zur Folge.

Bekommt ein Arbeitnehmer mit dem Kündigungsschreiben eine Abfindung eingeräumt, ist fraglich, ob er das Angebot auch annehmen wird. Erwartet der Arbeitnehmer im Anschluss an die betriebsbedingte Kündigung eine Phase der Arbeitslosigkeit, muss er die Frage klären, ob er unter die Regelungen zur Verhängung von Sperrfristen nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III fällt, also für bestimmte Zeiträume keine Lohnersatzleistungen erhält. Die Sperrzeit kann durch zwei „Lösungsakte“ bewirkt werden: Einerseits durch die arbeitnehmerseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses, andererseits durch das Auflösen des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen. Der zweite Fall wird im Falle einer akzeptierten Abfindung für den Arbeitnehmer relevant.

Bei der Verhandlung über den Auflösungsvertrag und über die Höhe der Abfindung müssen die Arbeitsvertragsparteien darüber Erwartungen bilden, ob mit Sperrzeiten zu rechnen ist. Im Falle einer anschließenden Arbeitslosigkeit muss bei der Vereinbarung der Abfindungshöhe das entgangene Arbeitslosengeld infolge einer Sperrfrist berücksichtigt werden. Darüber hinaus hat das Bundessozialgericht 1996 den „Lösungsbegriff“ des Arbeitsverhältnisses weiter ausgelegt. Hintergrund war die Vermutung, dass es bei vielen beendeten Arbeitsverhältnissen zu Manipulationen kommt. Bei den so genannten Abwicklungsverträgen kündigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer formell aus betriebsbedingten Gründen, obwohl die Kündigung offensichtlich sozial ungerechtfertigt ist. Gleichzeitig wird im Abwicklungsvertrag eine Abfindung oder eine Prämie vereinbart, die nach dem Auslaufen der Klagefrist anfällt. Hat der Arbeitnehmer jedoch bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses mitgewirkt – hierzu reicht auch „konkludentes“ Verhalten aus –, kann die Agentur für Arbeit Sperrzeiten verhängen. Als konkludentes Verhalten kann dabei auch eine fehlende Klage vor dem Arbeitsgericht gedeutet werden. Dieses Urteil wurde vom Grundsatz her im Jahr 2003 – zwei Wochen vor Inkrafttreten des neuen Kündigungsschutzgesetzes! – vom Bundessozialgericht bestätigt (BSG, Urteil vom 18.12.2003, B 11 AL 35/03 R): „Der Arbeitnehmer löst das Beschäftigungsverhältnis, wenn er nach Ausspruch einer Kündigung des Arbeitgebers mit diesem innerhalb der Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage eine Vereinbarung über die Hinnahme der Kündigung (Abwicklungsvertrag) trifft.“ Der Arbeitnehmer leiste in jedem Fall „einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung seiner Beschäftigungslosigkeit.“ Dabei ist es nach Ansicht der Richter unerheblich, „ob die Initiative von ihm oder vom Arbeitgeber ausgegangen ist. ... Denn es entspricht dem Zweck der Sperrzeitregelung, den Arbeitnehmer

davon abzuhalten, sich an der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses aktiv zu beteiligen.“ Weiter heben die Richter hervor, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld zunächst dann vollständig erhalten bleibt, wenn die Kündigung wirksam ist. Da der betroffene Mitarbeiter in einem solchen Fall seine Entlassung nicht verhindern könne, trage er auch nicht zum Eintritt seiner Beschäftigungslosigkeit bei, wenn er mit dem Arbeitgeber ergänzende Abreden – etwa über eine Abfindung – treffe. „Der Arbeitnehmer kann sich [allerdings] für den Abschluss des Abwicklungsvertrages auf einen wichtigen Grund grundsätzlich nur berufen, wenn die Arbeitgeberkündigung objektiv rechtmäßig war. ... Könnte sich der Arbeitnehmer allein auf seine subjektiven Rechtsvorstellungen berufen, dann wäre das Ziel der Sperrzeit, die Versicherungsgemeinschaft typisierend gegen Risikofälle zu schützen, deren Eintritt der Versicherte selbst zu vertreten hat, verfehlt.“ In der neuesten Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit, die Sperrzeiten regelt, heißt es dementsprechend: „...kein Sperrzeittatbestand [liegt] vor, wenn die nicht offensichtlich rechtswidrige arbeitgeberseitige Kündigung auf betriebsbedingte Gründe gestützt wird und eine Abfindung gem. § 1a KSchG gezahlt wird.“

Ob eine Kündigung aber „objektiv rechtmäßig“ oder „offensichtlich rechtswidrig“ war, kann ein Arbeitnehmer nur abschließend beurteilen, wenn er einen Kündigungsschutzprozess führt. Um dieser durch die Rechtsprechung erzeugten Rechtsunsicherheit zu entgehen, empfiehlt es sich für den Arbeitnehmer, in Zweifelsfällen in jedem Fall eine Klage anzustrengen. Denn die Klärung einer Sperrfrist dauert in der Regel länger als die dreiwöchige Frist, die der Arbeitnehmer nunmehr hat, um einen Kündigungsschutzprozess anzustrengen.

Das neue Wahlrecht des Arbeitnehmers rückt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus betriebsbedingten Gründen eindeutig in die Richtung eines Auflösungsvertrages. Will der Arbeitnehmer eine Sperrfrist vermeiden, ist ihm nur zu raten, auch zukünftig den Arbeitgeber zu verklagen. Denn das Bundessozialgericht hat die Gelegenheit versäumt, der Abfindungsregelung des §1a KSchG praktische Bedeutung zu verleihen. Die durch die Reform des Kündigungsschutzrechts erhoffte Rechts- und Planungssicherheit der Unternehmen ist somit weiterhin nicht gewährleistet. Die Geschäftsleitung kann wie bisher bis zuletzt nicht kalkulieren, ob Arbeitnehmer die Abfindung oder eine Kündigungsschutzklage wählen. Vielmehr stellt das Kündigungsschutzrecht die meisten Unternehmen jetzt schlechter, da nun jeder Arbeitnehmer bei einer betriebsbedingten Kündigung zunächst nach der Abfindung fragen wird.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Von dieser jüngsten Reform des Kündigungsschutzrechts sind wohl keine nennenswerten beschäftigungspolitischen Impulse zu erwarten.

## **6.4 Befristungsrecht**

Zunächst ist geplant, dass Existenzgründer in den ersten vier Jahren ihres Bestehens befristete Arbeitsverträge auch ohne sachlichen Grund mit einer Dauer von vier

Jahren abschließen können. Untersuchungen des Instituts für Arbeitsmarkt und Berufsforschung (IAB) auf der Basis des IAB-Betriebspanels zeigen jedoch, dass in 67,5% der Unternehmen, die im Jahr 1997 gegründet wurden, vier Jahre nach dem Start weniger als fünf Mitarbeiter beschäftigt waren; in nur 15% aller Neugründungen waren 11 oder mehr Arbeitnehmer angestellt. Damit wird die neue Regelung überhaupt nur für die wenigsten Neugründungen relevant, da sie weder nach der alten und erst recht nicht nach der neuen Fassung unter die Normen des KSchG fallen. Somit ist von dieser „Flexibilisierungsmaßnahme“ kaum ein Impuls für den Arbeitsmarkt zu erwarten.

Seit dem Inkrafttreten des BeschFG im Jahre 1985 wurde das Befristungsrecht alle zwei bis fünf Jahre reformiert – bisher ohne spürbare Folge. Denn die Befristungsquote, die Arbeiter und Angestellte (ohne Auszubildende, Selbstständige und Beamte) in das Verhältnis zu den abhängigen Erwerbspersonen setzt, ist seitdem beinahe konstant. Darüber hinaus finden sich kaum nachweisbare Effekte der Lockerung des Befristungsrechts auf die Beschäftigung. Viel zu selten kam es zu den erwünschten zusätzlichen Neueinstellungen, die ohne Lockerung der Befristungsregelungen nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt wären. Vielmehr bestätigen Untersuchungen zum deutschen Arbeitsmarkt die These, dass sich deutsche Arbeitgeber trotz des Befristungsrechts und der Ausweitung des Schwellenwertes zwischen 1996 und 1998 weiterhin auf die traditionellen Strategien der zeitlichen Anpassung mit Hilfe von Überstunden stützen (s. Tabelle 4), wenngleich befristete Einstellungen an zweiter Stelle folgen.

Tabelle 4: Betriebliche Personalanpassungsstrategien, Deutschland

	1992	1995	2000	2003
Überstunden, Sonderschichten	72	72	75	71
Leiharbeit, Zeitarbeit	27	26	35	36
befristete Einstellungen	50	52	53	52
zusätzliche Aushilfskräfte	52	49	41	43
Rationalisierung	44	52	35	40
Verlängerung der Lieferfristen oder Wartezeiten	18	19	16	10
Weitergabe von Aufträgen an Subunternehmen	24	24	25	25
Verzicht auf Aufträge/Leistungen	16	13	16	10
Quelle: IAB Stellenangebotserhebung, Einsatz der genannten personalpolitischen Instrumente, die die Betriebe in den letzten 12 Monaten „sehr stark“ oder „weniger stark“ einsetzten, Gewichtung: sozialversicherungspflichtige Beschäftigte				

Das Befristungsrecht ist ein typisches Maßnahmegesetz mit kurzen Geltungsfristen. Bei der Umstellung ihrer Personalpolitik auf die befristeten Vertragstypen können die Firmen daher nie mit Sicherheit vorhersagen, wie lange ihnen der zusätzliche durch das Befristungsrecht eingeräumte Handlungsspielraum zur Verfügung steht. Maßnahmegesetze sind darüber hinaus ein willkommenes Instrument für Politiker, um Wählerstimmen zu gewinnen. Denn die kurze Geltungsdauer dieser Gesetze überlagert sich mit der Länge des Wahlzyklus. Niemand kann daher prognostizieren, ob die jeweils amtierende Regierung nach der nächsten Wahl das Maßnahmegesetz



grundlegend ändern oder gar völlig abschaffen wird. Daher sind marginale Reformen des Befristungsrechts weder geeignet, den Bestand des Standardarbeitsverhältnisses zu sichern, noch für mehr Dynamik am Arbeitsmarkt zu sorgen.

Darüber hinaus gilt, dass die Förderung temporärer Erwerbsformen (wie Leiharbeit oder befristete Beschäftigung) zu einer Polarisierung des Rechts beiträgt. Immer mehr Beschäftigte mit geringem oder gar keinem Kündigungsschutz stehen einem schrumpfenden Anteil von Arbeitnehmern mit unbefristeten Arbeitsplätzen gegenüber, die einen beinahe prohibitiven Kündigungsschutz genießen. Eine Alternative hierzu ist eine generelle Deregulierung des Kündigungsschutzes, die auch den sich abzeichnenden Trend zur Umgehung des Normalarbeitsverhältnisses bremsen würde.

## **7 Arbeitsmarktwirksame Reform des Kündigungsschutzes**

Internationale Vergleiche zeigen, dass der Kündigungsschutz, wenn überhaupt, negative Wirkungen auf den Arbeitsmarkt hat. Allerdings zeigt die vorhergehende Analyse auch, dass es durchaus ökonomische Argumente dafür gibt, einen Mindestschutz vor willkürlichen Entlassungen sicher zu stellen. Nicht zuletzt sprechen für einen Mindestschutz neben normativen auch politökonomische Gründe. Denn eine Regierung, die den Kündigungsschutz dereguliert, setzt am Besitzstand des wahlentscheidenden Arbeitsplatzbesitzers an. Auch gilt zu bedenken, dass eine noch so konsequente Reform des Kündigungsschutzes die deutsche Massenarbeitslosigkeit nicht beseitigen kann. Hierzu sind begleitende Reformen des Arbeitsrechts vonnöten.

Ruft man sich die Stringenz des Kündigungsschutzes in Deutschland im internationalen Vergleich vor Augen, wird eines deutlich: Es besteht nach wie vor Handlungsbedarf, will Deutschland seine Standortposition im internationalen Wettbewerb verteidigen. Marginale Reformen des Kündigungs- und Befristungsrechts, die lediglich an den Schwellenwerten drehen, sind nicht geeignet, die Anpassungsfähigkeit des deutschen Arbeitsmarktes zu fördern. Sie rufen bestenfalls Ausweichreaktionen von Seiten der Unternehmen hervor, zu denen auch die Verlagerung von Firmensitzen in andere Länder mit weniger rigidem Kündigungsschutz gehört. Daher sollte man eine *grundlegende Reform* des Kündigungsschutzes in Erwägung ziehen. Bei einer solchen Reform sollte man neben der Schaffung von mehr Rechtssicherheit für beide Arbeitsvertragsparteien den betrieblichen Flexibilitätserfordernissen Vorrang einräumen.

Ausgangspunkt der folgenden Überlegung ist, dass es sowohl Entlassungen aus betriebsbedingten als auch aus verhaltens- und personenbedingten Gründen gibt. Betriebsbedingten Kündigungen kommt in der Literatur große Aufmerksamkeit zu, hingegen werden Kündigungen aus verhaltens- und personenbedingten Gründen nur selten bei den Vorschlägen für eine Reform des Kündigungsschutzgesetzes Rechnung getragen. Lässt man die beiden letzten Entlassungsgründe jedoch außer Acht,

besteht das Risiko, dass das reformierte Kündigungsschutzrecht erneut durch eine unübersehbare Vielzahl von Sonderregelungen unüberschaubar wird. Hinzu kommt, dass der Kündigungsschutz dazu tendiert, das Hauptaugenmerk der öffentlichen Diskussion auf die Erhaltung bestehender Beschäftigung zu lenken. Ein flexibler Kündigungsschutz würde dagegen die Schaffung neuer Arbeitsplätze in den Mittelpunkt stellen. Eine grundlegende Reform des Kündigungsschutzes sollte daher drei Anforderungen genügen: Erstens muss das Kündigungsschutzrecht auch für den juristischen Laien wieder verständlich werden. Zweitens sollte es für beide Arbeitsvertragsparteien Anreize erzeugen, bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses den dabei entstehenden Schaden zu minimieren. Schließlich muss es gewährleisten, dass für beide Parteien Rechts- und Planungssicherheit entsteht (vgl. auch Jahn, Walwei 2003, 2004).

Welche Maßnahmen könnten zur Reform des Kündigungsschutzes ergriffen werden? Um der Polarisierung des Rechts durch die Lockerung der Normen für temporäre Erwerbsformen entgegenzutreten, könnte man erwägen, das Kündigungsschutzrecht dergestalt zu reformieren, dass es – ähnlich wie in Großbritannien – erst nach einer Dauer des Beschäftigungsverhältnisses von einem Jahr greift, denn die meisten Unternehmen nutzen befristete Arbeitsverträge zu einer Verlängerung der Probezeit. Bis dahin sind die Arbeitnehmer – wie hervorgehoben werden soll – keinesfalls ungeschützt, da für sie weiterhin die Vorschriften des BGB über die Einhaltung von Kündigungsfristen gelten. Diese Reformoption würde den drei aufgestellten Forderungen genügen.

Zweitens böte sich eine generelle Abfindungspflicht bei allen Entlassungen an, wie sie in Österreich seit Januar 2003 gilt. Nach Ablauf der einmonatigen Probezeit muss der Arbeitgeber monatlich 1,53 Prozent des Bruttoentgeltes als „Abfertigung“ mit dem Sozialversicherungsbeitrag abführen. Dieser Betrag wird in einer Mitarbeitervorsorgekasse kumuliert. Mit diesem Sozialpartnermodell erhalten alle Arbeitnehmer einen Anspruch auf „Abfertigung“, auch wenn der Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch den Betrieb verlässt. Allerdings verliert mit dem neuen österreichischen Kündigungsschutzrecht die Abfertigung ihren bisherigen Charakter und hat primär das Ziel, Anreize für den Aufbau von Pensionsansprüchen zu schaffen. Ferner wirkt ein solches Abfindungsmodell wie eine Steuer auf den Faktor Arbeit und erhöht die in Deutschland ohnehin schon hohen Lohnnebenkosten. Um dies zu vermeiden, böte sich eine Abfindungspflicht an, die nur dann greift, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht. Sie würde zwar der ersten Forderung nach einem verständlichen Kündigungsschutz genügen. Allerdings ruft sie strategisches Verhalten von Seiten der Beschäftigten hervor. Denn Arbeitnehmer, die planen ihren Arbeitsplatz zu wechseln, könnten versuchen, durch entsprechend unkooperatives Verhalten in den „Genuss“ der Abfindung zu kommen. Eine so ausgestaltete Abfindungspflicht ist somit keine wirksame Reformoption.

Daher sollte das Kündigungsrecht als Wahlrecht für den Unternehmer und nicht für den Arbeitnehmer ausgestaltet werden. Das Kündigungsschutzrecht muss dem Arbeitgeber ermöglichen, den Arbeitnehmer jederzeit unter Einhaltung der Kündigungs-

frist gegen eine Abfindung zu entlassen. Gleichzeitig hat die Geschäftsleitung die Wahl – wie bisher – ordentlich zu kündigen und auf die Zahlung einer Abfindung zu verzichten. Hat der Arbeitnehmer Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Kündigung, steht ihm zunächst der Weg zu einer unabhängigen Schiedsstelle offen, die den Sachverhalt prüft. Nur in begründeten Zweifelsfällen steht ihm auch der Gerichtsweg offen. Das Gesetz sollte in diesem Fall lediglich für die Verteilung der Informations- und Beweispflichten Vorsorge treffen. Gegenstand des Kündigungsschutzprozesses sollte nur die Frage sein, ob eine Kündigung gerechtfertigt ist. Eine ungerechtfertigte Kündigung hätte nur einen Abfindungsanspruch, aber keine Lohnfortzahlung zur Folge. Ein Recht auf Wiedereinstellung gibt es in diesem System – wie in vielen anderen industrialisierten Ländern – nicht. Das Einkommensrisiko sollte wie bisher ausschließlich durch das System der Arbeitslosenversicherung und gegebenenfalls kurzfristig durch die Abfindung abgedeckt werden. Um den Rechtsdurchsetzungskosten zu entgehen, hat der Arbeitgeber somit in Zweifelsfällen einen Anreiz, sofort eine Abfindung anzubieten. Der Anreiz für den Arbeitnehmer, eine Kündigungsschutzklage nur deshalb anzustreben, um eine höhere Abfindung zu erstreiten, entfällt. Unter diesen Umständen – so die Prognose – wird die Zahl der Kündigungsschutzklagen spürbar sinken. Aufgrund der dadurch bewirkten Entlastung der Arbeitsgerichte ließen sich offene Kündigungsfragen darüber hinaus innerhalb kürzester Zeit lösen.

Aus ökonomischer Perspektive sollte die Abfindung in Höhe des tatsächlichen Kündigungsschadens bemessen sein, zu dem etwa Such- und Mobilitätskosten sowie der Verlust an betriebspezifischem Humankapital zählen. Allerdings ist es mit Rücksicht auf die Informationsasymmetrien und Unsicherheit über die Zukunft zum Zeitpunkt der Kündigung kaum möglich, sich einen Eindruck von der Höhe des tatsächlichen Kündigungsschadens zu verschaffen. Deshalb mag die bislang vorgeschlagene pauschale Mindestkompensation in Höhe von einem halben Monatsgehalt pro Jahr Betriebszugehörigkeit angemessen sein. Um soziale Härten bezüglich des individuellen Kündigungsschadens zu vermeiden, wäre eine Staffelung der Mindestabfindung anhand personenbezogener Kriterien ohne weiteres denkbar. Mit Rücksicht auf die Einstellungsbarrieren, die soziale Kriterien errichten, wäre zu erwägen, diesen speziellen Gruppenschutz über das System der Arbeitslosenversicherung abzudecken. Auf diese Weise ließe sich ein höheres Maß an Flexibilität mit der wünschenswerten sozialen Sicherheit verbinden.

Schließlich muss das SGB III derart angepasst werden, dass nur im Fall der verhaltensbedingten Kündigung oder im Fall einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch den Arbeitnehmer Sperrfristen verhängt werden können, denn die Sicherung eines Einkommensrisikos im Falle einer gerechtfertigten Entlassung ist primär Aufgabe der sozialen Sicherungssysteme und nicht die des Kündigungsschutzrechts und letztlich des Arbeitgebers. Der Gesetzgeber muss hier auch für den Arbeitnehmer mehr Rechtssicherheit schaffen.

Eine derartige Reform hat den Vorteil, dass strategisches Verhalten der an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beteiligten Arbeitsmarktparteien grundsätzlich vermieden wird. Hinzu kommt, dass die mit einer Kündigung verbundenen Kosten zu

einer sorgfältigen betrieblichen Abwägung der Entlassung führen. Bestandsschutz wäre damit die erwünschte Folge und würde immer dann gewählt, wenn er die im Vergleich zu allen anderen Alternativen kostengünstigste Anpassungsreaktion ist. Arbeitnehmer erhalten den gewünschten Schutz vor willkürlichen Entlassungen, gleichzeitig gewährt das Kündigungsschutzrecht Arbeitslosen die Rückkehr in den regulären Arbeitsmarkt. Auf diese Weise könnte eine Reform das Ziel des Kündigungsschutzgesetzes erreichen und neue beschäftigungspolitische Impulse setzen.

## Literatur

- Addison, J.; Schnabel, C.; Wagner, J. (2000), Die mitbestimmungsfreie Zone aus ökonomischer Sicht, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Bd. 45, S. 277-292.
- Bauer, T.; Bender S.; Bonin, H. (2004), Dismissal Protection and Worker Flows in Small Establishments, in: IZA Discussion Paper no. 1105, Bonn.
- Belot, M.; van Ours, J. (2000), Does the recent success of some OECD Countries in lowering their unemployment rates lie in the clever design of their labour market reforms?, in: IZA Discussion Paper no. 147, Bonn.
- Boockmann, B.; Hagen, T. (2001), The Use of Flexible Working Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel, ZEW Discussion Paper No. 01-33, Mannheim.
- Donges, J.; Eekhoff, J.; Franz, W., Möschel, W., Neumann, M. (2004), Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, Stiftung Marktwirtschaft, Kronberger Kreis, Band 41, Berlin.
- Dorndorf, E. et al. (2001), Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Auflage, Heidelberg.
- Estevez-Abe, M.; Iversen, T.; Soskice, D. (2001), Social protection and the formation of skills: A reinterpretation of the welfare state, in: P. Hall and D. Soskice (eds.), Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage, Oxford.
- Gomez-Salvador, R.; Messina, J.; Vallanti, G. (2004), Gross Job Flows and Institutions in Europe, erscheint demnächst in Labour Economics.
- Halbach, G.; Paland, N.; Schwedes, R.; Wlotzke, O. (2000), Übersicht über das Arbeitsrecht, 6. Auflage, Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn.
- Hoyningen-Huene, G.v.; Linck, R. (2002), Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 13. Auflage, München.
- Hromadka, W. (2002), Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 261-266.
- Jahn E.J. (2004), Employment at will vs employment against will, in: Industrielle Beziehungen, erscheint demnächst.
- Jahn, E.J. (2002a), Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, Berlin.
- Jahn, E.J., (2002b), Warum ein allgemeiner Kündigungsschutz – warum ganz anders als heute? in: Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften 53, S. 142-160.
- Jahn, E.J.; Schnabel, C. (2003), Bestandsschutz durch Abfindungen: Höhere Rechtssicherheit und Effizienz, in: Wirtschaftsdienst 83, S. 219-223.
- Jahn, E.J.; Walwei, U. (2003), Reform in Trippelschritten oder besser mit großem Sprung? in: IAB-Kurzbericht Nr. 21, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Nürnberg.
- Jahn, E.J.; Walwei, U. (2004), Die Reform des Kündigungsschutzes: Fragliche beschäftigungspolitische Impulse. In: Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Nr. 99, S. 27-32.
- Janßen, P. (2004), Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft, in: IW-Trends 31.

- Kissel, O. (1999), Standortfaktor Arbeitsrecht – Standortdebatte und Rechtsentwicklung – Wie geht es weiter?, Frankfurt am Main.
- Nickell, S.; Nunziata, L.; Ochel, W., Quintini, G.: (2003), The Beveridge Kurve, Unemployment and Wages in the OECD from the 1960s to the 1990s: in Aghion, P.; Frydman, R.; Stiglitz, J.; Woodford, M. (eds.), Knowledge, Information and Expectations in Modern Macroeconomics - in Honor of Edmund S. Phelps, Princeton, S. 394-431
- Nickel, S.; Redding, S.; Swaffield, J. (2004), The Uneven Pace of Deindustrialization in the OECD, London School of Economics, London.
- OECD (1994), Employment Outlook, Paris.
- OECD (1999), Employment Outlook, Paris.
- OECD (2004), Employment Outlook, Paris.
- Rüthers, B. (1998), Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsrechts, Neue Juristische Wochenschrift, S. 1433-1441.
- Rüthers, B. (2003), Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts? Neue Juristische Wochenschrift, S. 54-553.
- Sachverständigenrat (2003), Jahresgutachten 2003/2004 Staatsfinanzen konsolidieren – Steuersystem reformieren, Bonn.
- Scarpetta, S., Hemmings, P.; Tressel, T.; Woo, J. (2002), The role of policy and institutions for productivity and firm dynamics: Evidence from micro and industry data, OECD Economics Department Working paper No.329
- Verick, S. (2004), Threshold effects of dismissal protection legislation in Germany, in: IZA Discussion Paper no. 991, Bonn.
- Wagner, J.; Schnabel, C.; Kölling, A. (2001), Wirken Schwellenwerte im deutschen Arbeitsrecht als Bremse für die Arbeitsplatzschaffung in Kleinbetrieben?, in: D. Ehrig, P. Kalmbach (Hrsg.): Weniger Arbeitslose – aber wie?, Marburg.
- Wagner, T.; Jahn, E.J. (2004), Neue Arbeitsmarkttheorien, Stuttgart, erscheint demnächst.
- Walwei, U. (2002), Kündigungsschutz - gibt es Deregulierungsbedarf? in: Arbeit und Sozialpolitik 56, S. 8-17.
- Walwei, U. (2000), Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Rechtlicher Reformbedarf und Kompensationsmöglichkeiten, in: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Jg. 33, S. 101-111.
- Willemssen, H. (2000), Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität, Neue Juristische Wochenschrift, S. 2779-2787.