

Christine Kosanović

Facetten von Regulierung und Bestandsschutz am Beispiel der betriebsbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Eine arbeits- und sozialrechtliche Untersuchung
von Systematik, Rechtswirkung und Perspektiven
im verfassungsrechtlichen Kontext



Nomos

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis
des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung)

Band 14

Christine Kosanović

Regulierung und Bestandsschutz bei betriebsbedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Eine arbeits- und sozialrechtliche Untersuchung von Systematik, Rechtswirkung und Perspektiven im verfassungsrechtlichen Kontext



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung der randstad stiftung, Impulse für unsere Arbeitskultur.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5684-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9825-2 (ePDF)

DE355

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat ihre Wurzeln in einem praxisbezogenen Forschungsprojekt zum Thema Sicherheit und Flexibilität im Arbeitsverhältnis, das ich von 2011 bis 2013 an der Universität Regensburg bearbeitet habe. Die sich dabei ergebenden Grundsatzfragen konnte ich im Rahmen meiner eigenen wissenschaftlichen Untersuchung weiterverfolgen. Es entstand diese Dissertation, die im Wintersemester 2018/ 2019 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg angenommen wurde. Rechtsprechung und Literatur konnten für die Drucklegung bis Ende Februar 2019 berücksichtigt werden.

Viele Personen, denen ich aufrichtig danken möchte, haben Anteil am Zustandekommen dieses Buches. Allen voran sei hier mein Doktorvater *Herr Prof. Dr. Alexander Graser* genannt. Er ermöglichte mir bereits die Bearbeitung des ursprünglichen Forschungsprojekts und gewährte mir in der Folge jeglichen Freiraum, um für meine Dissertation persönliche Schwerpunkte zu setzen und die mir relevant erscheinenden Fragen zu verfolgen. Er begleitete den wissenschaftlichen Prozess immer fördernd und motivierend, und begegnete nicht zuletzt den familiär bedingten Verzögerungen der Bearbeitung mit großer Geduld und Verständnis. Dafür danke ich von Herzen.

Herrn Prof. Dr. Frank Maschmann gilt mein Dank für die überaus schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Ebenfalls möchte ich ihm für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Theorie und Praxis des Arbeitsrechts“ danken, sowie für die große Unterstützung bei der Beschleunigung der Abläufe vor meiner Disputation und bei der Drucklegung.

Weiter danke ich der *randstad-Stiftung* für die finanzielle Förderung dieser Arbeit. Über das ursprüngliche Forschungsprojekt hinaus, das mit einem Stipendium bedacht war, wird auch die Drucklegung dieser Arbeit finanziell unterstützt. Dabei gilt mein Dank speziell *Herrn Heinz-Otto Mezger*, dem früheren geschäftsführenden Vorstand der Stiftung, für sein großes persönliches Interesse an diesem Projekt, sowie seiner Nachfolgerin *Frau Hanna Daum* für die völlig unkomplizierte Fortführung der Unterstützung.

Herrn Prof. Dr. Sebastian Kolbe danke ich für seine konstruktive Kritik zur Halbzeit des Projektes, die mir viele Anregungen gegeben hat und wichtige Weichenstellungen ermöglichte. Weiter gilt mein Dank *Frau Rechtsan-*

wäلتin *Andrea Gasser* für das Eindenken in dieses Thema, sowie für den motivierenden Austausch dazu.

Meiner langjährigen Freundin *Frau PD Dr. Claudia M. Hofmann* danke ich für den wertvollen Impuls, mich nach Jahren in der anwaltlichen Praxis der Wissenschaft zuzuwenden, sowie für ihre stete ideelle Unterstützung und den spürbaren Glauben an einen erfolgreichen Abschluss des Projektes. Schließlich war sie auch mein wichtigstes Bindeglied zum Regensburger Lehrstuhl, dies neben *Frau Elke Angermeier-Stadler*, die jederzeit für alle universitären Angelegenheiten ansprechbar war und mich immer mit großer Herzlichkeit unterstützt und eingebunden hat. Danke dafür!

Schließlich gebührt meinem Kollegen *Herrn Rechtsanwalt Dr. Christoph Lindner* herzlicher Dank. Gerade zum Abschluss der Dissertation begegnete er mir mit viel persönlicher Unterstützung und ermöglichte mir zeitlichen Freiraum für dringende Notwendigkeiten.

Zu guter Letzt gilt wesentlicher Dank meiner Familie, ohne deren Rückhalt der erfolgreiche Abschluss undenkbar gewesen wäre. Hier danke ich besonders *meinem Mann Simon*, der immer an mich geglaubt hat und mich entsprechend motivierte, mir aber auch mit absoluter Selbstverständlichkeit den Rücken freihielt, wann immer es ihm möglich war. Weiter sei *mein Sohn Nikolai* erwähnt, der während der Bearbeitung dieses Projektes zur Welt kam und sich so manches Mal meinen zeitlichen Zwängen anpassen musste.

Meine Eltern *Anke und Dr. Alfons Regnauer* waren es schließlich, die mir durch ihre persönliche und auch finanzielle Großzügigkeit meinen gesamten Ausbildungsweg ermöglichten und die mich jederzeit in jeglicher Hinsicht unterstützten. Dafür danke ich Ihnen von Herzen. Leider konnte mein Vater, der mir stets ein Vorbild für offenes, wissenschaftliches Denken war, den erfolgreichen Abschluss der Dissertation nicht mehr miterleben. Ihm sei in großer Dankbarkeit diese Arbeit gewidmet.

Seebruck, im März 2019

Christine Kosanović

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	19
Abkürzungsverzeichnis	21
Kapitel 1: Bestandsfragen im Arbeitsverhältnis – Eine Einführung	29
§ 1 Das Spannungsfeld von Sicherheit und Flexibilität	29
A. Interessen und Einflüsse auf Seiten der Akteure	29
B. Gefahr von Langzeitarbeitslosigkeit und Humankapitalentwertung	33
§ 2 Zielkonflikte im Instrumentenmix	35
A. Die Regulierungsstruktur	35
B. Ambivalenz bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen	37
C. Kritik am status quo	38
§ 3 Ausgangspunkt und Aufbau der Untersuchung	39
A. Leitfragen	40
B. Untersuchungsgang	40
Kapitel 2: Bestandsregulierung im Kontext von Gesetz und Verfassung	43
§ 4 Begriff und Facetten der Regulierung	43
A. Regulierung im politischen Kontext	43
I. Arbeits- und Arbeitsmarktpolitik als übergeordneter Rahmen	43
II. Regulierung im Allgemeinen	44
B. Regulierung des Bestands von Arbeitsverhältnissen (Bestandsregulierung)	46
I. Arbeitsrechtliche Bestandsregulierung	46
II. Sozialrechtliche Bestandsregulierung	47
III. Bestandsregulierung durch Verfahrensabläufe und -risiken	47
IV. Bestandsregulierung durch Richterrecht	47
§ 5 Das Arbeitsverhältnis als Kern der Bestandsregulierung	48
A. Bedeutung für die Vertragsparteien	48

B. Rechtlicher Rahmen	49
C. Das Normalarbeitsverhältnis im Speziellen	52
I. Deskriptive Sichtweise	53
II. Normative Sichtweise	55
§ 6 Regulierung und Sozialversicherung	56
A. Arbeitslosenversicherung als Sozialversicherung	56
B. Geltende sozialversicherungsrechtliche Grundprinzipien	58
§ 7 Regulierung und Verfassung	60
A. Berührte Rechtspositionen	60
I. Regulierung und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	60
1. Berufsfreiheit als Abwehrrecht	61
2. Bedeutung für Arbeitnehmer und Arbeitssuchende	62
3. Bedeutung für den Arbeitgeber	62
II. Regulierung und Privatautonomie	64
1. Allgemeine Bedeutung und rechtliche Verankerung	64
2. Vertragsbeendigungsfreiheit im Speziellen	66
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Bestandsregulierung	67
I. Objektive Wertordnung und Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG	67
II. Weiterentwicklung zur Schutzpflicht	68
1. Inhalt der Schutzpflicht	69
2. Im Speziellen: Schutzpflicht im Insider-Outsider-Konflikt	70
III. Bedeutung der Staatszielbestimmungen	74
1. Herleitung und Definition	74
2. Sozialstaatsprinzip	75
3. Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht	78
C. Bedeutung des Verfassungsrechts für die Mindeststandards der Regulierung	79
I. Bedeutung von Untermaß- und Übermaßverbot	79
II. Verfassungsrechtlich bedingte Mindeststandards im Arbeitsrecht	81
III. Verfassungsrechtlich bedingte Mindeststandards im Sozialrecht	82
§ 8 Zwischenergebnis zu Kapitel 2	83

Kapitel 3: Der Instrumentenkanon der Bestandsregulierung – eine systematische Bestandsaufnahme	85
§ 9 Bestand und Übergang als Elemente einer Rotation	85
A. Die Übergänge zwischen Arbeitstätigkeit und Arbeitslosigkeit	86
B. Das Kreislaufmodell	86
§ 10 Bestands- und übergangsrelevante Regulierung im Komplex der Arbeitstätigkeit	88
A. Bestandsregulierung durch Anforderungen der wirksamen Kündigung	89
I. Wirksame Kündigungserklärung	89
1. Gesetzliche Form: § 623 BGB	89
2. Kündigungsfrist: § 622 BGB	90
II. Betriebsratsanhörung: § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG	91
1. Anforderungen an den Arbeitgeber	92
2. Reaktion des Betriebsrats	93
III. Materielle Anforderungen im Geltungsbereich des KSchG	93
1. Eröffnung des Anwendungsbereichs: § 23 KSchG	93
2. Soziale Rechtfertigung durch dringende betriebliche Erfordernisse: § 1 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG	95
3. Keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	97
4. Vorrang der Änderungskündigung	99
5. Sozialauswahl: § 1 Abs. 3 KSchG	102
IV. Materielle Anforderungen im Kleinbetrieb und in der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG	103
1. Vorab: Rechtfertigung des verringerten Kündigungsschutzes im Kleinbetrieb	104
2. Sitten- und treuwidrige Kündigung im Kleinbetrieb: §§ 138, 242 BGB	105
3. Auswahl der zu kündigenden Person	107
V. Schutz vor diskriminierenden Kündigungen: §§ 7, 1 AGG	108
1. Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen	108
a. Diskriminierungsschutz bei Geltung des KSchG	109
b. Diskriminierungsschutz im Kleinbetrieb	110
2. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot	111
3. Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG	112

VI. Maßregelungsverbot nach § 612a BGB	114
VII. Beachtung des Sonderkündigungsschutzes	115
B. Bestandsregulierung durch Voraussetzungen der Massenentlassung: § 17 KSchG	116
I. Begriff der Massenentlassung: § 17 Abs. 1 KSchG	116
II. Konsultationsverfahren: § 17 Abs. 2 KSchG	118
III. Die eigentliche Massenentlassungsanzeige: § 17 Abs. 3 KSchG	119
C. Bestandsregulierung durch kollektive Beteiligungsrechte bei der Betriebsänderung: §§ 111 ff. BetrVG	120
I. Voraussetzungen des Beteiligungsverfahrens: § 111 BetrVG	121
II. Der Interessenausgleich: § 112 Abs. 1 BetrVG	122
1. Ablauf	122
2. Inhalt	123
3. Rechtsnatur	124
III. Der Sozialplan: § 112 Abs. 2 BetrVG	124
1. Inhalt	125
2. Erzwingbarkeit	126
3. Rechtsnatur	127
IV. Verhältnis der betriebsverfassungsrechtlichen Anforderungen zu § 17 KSchG	128
V. Der Tarifsozialplan	129
1. Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit	129
2. Inhalt und Geltungsbereich	130
D. Regulierung durch Anforderungen, Abläufe und Risiken im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutzprozess	131
I. Prozessuale Besonderheiten der Kündigungsschutzklage	131
1. Statthaftigkeit und Klagefrist: § 4 S. 1 KSchG	132
2. Klageerhebung und Streitgegenstand	133
a. Kündigungsschutzantrag	133
b. Allgemeiner Feststellungsantrag	134
c. Alternativ: Klage auf Zahlung einer Abfindung?	135
3. Prozesskosten: § 12a ArbGG	136
II. Materiell-rechtliche Besonderheiten im Prozessverlauf	137
1. (Weiter-)Beschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses	137
a. Grundsatz: Beschäftigungsanspruch	138
b. Ausnahme: Weiterbeschäftigungsanspruch	139

2. Annahmeverzugslohn bei unwirksamer Kündigung:	
§ 615 S. 1 BGB	142
a. Anspruchsvoraussetzungen	143
b. Variante: Prozessbeschäftigung	145
c. Risiken bei Verzicht auf Prozessbeschäftigung	146
E. Sozialrechtliche Regulierung durch Kurzarbeit:	
§§ 95 ff. SGB III	147
I. Anordnung von konjunktureller Kurzarbeit	148
II. Individualvertragliche Grundlage der Kurzarbeit	149
III. Kollektivrechtliche Grundlage der Kurzarbeit	149
1. Anordnung durch Betriebsvereinbarung	150
2. Anordnung durch Tarifvertrag	150
3. Mitbestimmung des Betriebsrats	151
IV. Sozialversicherungsrechtliche Folgen der Kurzarbeit	152
F. Sozialrechtliche Regulierung durch Förderung besonderer Arbeitnehmer: §§ 82 ff. SGB III	154
§ 11 Bestands- und übergangsrelevante Regulierung im Komplex der Arbeitslosigkeit	155
A. Regulierung im Teilkomplex der finanziellen Absicherung	155
I. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld	155
II. Regulierung durch Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (Sperrzeit): § 159 Abs. 1 Nr. 1 SGB III	158
1. Lösen des Beschäftigungsverhältnisses	158
2. Wichtiger Grund	160
3. Rechtsfolge	161
III. Regulierung durch Minderung der Bezugsdauer gemäß § 148 Abs. 1 Nr. 4 SGB III	162
B. Regulierung im Teilkomplex der Mobilisierung	162
I. Gesetzliche Struktur des Instrumentenkanons	163
II. Instrumente der Beratung und Vermittlung	164
1. Beratung	165
2. Vermittlung	166
III. Instrumente der Aktivierung und beruflichen Eingliederung	167
1. Förderung aus dem Vermittlungsbudget	167
2. Maßnahmen der Aktivierung und beruflichen Eingliederung	168
IV. Instrumente der beruflichen Weiterbildung	169

V. Instrumente bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit	170
1. Förderung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung	170
2. Förderung der Selbständigkeit	171
§ 12 Regulierung durch Richterrecht und richterliche Rechtsfortbildung	171
I. Relevanz der Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht	172
II. Methoden	173
III. Beispielsfälle zulässiger – weitreichender – Rechtsfortbildung	175
1. Weiterbeschäftigungsanspruch	175
2. Beispiel Ultima-Ratio-Prinzip	177
IV. Problem der mangelnden Transparenz und Diskontinuität	179
§ 13 Zwischenergebnis zu Kapitel 3	181
Kapitel 4: Die Wirkungsrichtung der Instrumente	184
§ 14 Bestandsschutz als Kern der Regulierung	184
A. Bestandsschutz als generelles Rechtsprinzip	184
B. Bestandsschutz in unterschiedlichen Rechtsmaterien	186
I. Arbeitsrechtlicher und arbeitsvertraglicher Bestandsschutz	186
II. Sozialrechtlicher Bestandsschutz	187
III. Prozessualer Bestandsschutz	187
IV. Richterrechtlicher Bestandsschutz	187
C. Konkrete Wirkungsweise des Bestandsschutzes	188
I. Unmittelbarer Bestandsschutz	188
II. Mittelbarer Bestandsschutz	189
III. Faktischer Bestandsschutz	190
§ 15 Bestandsschutzwirkung der einzelnen Regulierungsinstrumente	190
A. Unmittelbar bestandsschützende Instrumente	191
I. Wirkung der materiellen Kündigungsanforderungen	191
1. Anforderungen des Kündigungsschutzgesetzes	191
2. Anforderungen im Kleinbetrieb und in der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG	192
3. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot: §§ 7 Abs. 1 in Verbindung mit 1 AGG	193
4. Verstoß gegen das Maßregelungsverbot: § 612a BGB	194

5. Verstoß gegen Sonderkündigungsschutz	195
II. Wirkung der formellen Kündigungsanforderungen	195
1. Schriftform der Kündigung	196
2. Kündigungsfrist	196
III. Wirkung der Betriebsratsanhörung	199
IV. Wirkung der kündigungsschutzrechtlichen Bedingungen einer Massenentlassung	200
1. Mangelhaftes Konsultationsverfahren	200
2. Mangelhafte Massenentlassungsanzeige	201
B. Mittelbar bestandsschützende Instrumente	202
I. Instrument ist selbst eine Sanktionsnorm	202
1. Wirkung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 S. 1 KSchG	202
2. Wirkung von Sperrzeit und geminderter Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes	205
a. Wirkung des § 159 Abs. 1 Nr. 1 SGB III	205
b. Wirkung des § 148 Abs. 1 Nr. 4, 2. HS SGB III	206
II. Instrument zielt auf Bestandsschutz, die Nichtbeachtung wird sanktioniert	207
1. Wirkung des Interessenausgleichs nach §§ 111 ff. BetrVG	207
2. Sanktionen bei Nichtbeachtung	207
a. Umsetzungsdruck durch Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG	207
b. Druck durch kollektivrechtliche Sicherung der Betriebsratsbeteiligung	209
c. Bußgeld nach § 121 BetrVG	211
III. Instrument entfaltet abschreckende Wirkung	211
1. Wirkung des Sozialplans	211
2. Wirkung der finanziellen Begleitumstände des Kündigungsschutzprozesses	213
a. Prozesskosten	214
b. Annahmeverzugslohn	215
c. Wirkung	215
C. Faktisch bestandsschützende Instrumente	216
I. Weiterbeschäftigungsanspruch	217
II. Kurzarbeit	217
III. Anspruch auf Arbeitslosengeld	219
IV. Förderung besonderer Arbeitnehmer: §§ 82 ff. SGB III	222
D. Weitere bestandsschutzrechtlich neutrale Instrumente	222

§ 16 Zwischenergebnis zu Kapitel 4	223
Kapitel 5: Dispositionen über den Bestandsschutz: Möglichkeiten und Grenzen der Flexibilisierung de lege lata	227
§ 17 Dispositionsfreiheit in den verschiedenen Rechtsbereichen	227
A. Abdingbarkeit der privatrechtlichen Instrumente	227
I. Grundsatz der eingeschränkten Dispositionsfreiheit	227
II. Rechtliche Herleitung der Beschränkung	228
III. Behandlung abweichender Vereinbarungen	230
B. Abdingbarkeit der öffentlich-rechtlichen Instrumente	232
I. Rechtsstaatliches Gebot der Unabdingbarkeit	232
II. Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt	232
§ 18 Bestandsschutzvermeidung durch alternative Gestaltungen der Zusammenarbeit	234
A. Allgemeine Bedeutung von atypischer Beschäftigung	234
B. Befristete Beschäftigung	237
I. Wirksame Befristung des Vertrages	237
II. Befristung unter Flexibilitäts Gesichtspunkten	239
C. Arbeitnehmerüberlassung	242
I. Ausgestaltung der rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	243
II. Besondere Anforderungen an die Vertragsparteien	244
III. Arbeitnehmerüberlassung unter Flexibilitäts Gesichtspunkten	247
D. Fremdpersonaleinsatz im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen	248
I. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	249
1. Bedeutung der Vertragsbezeichnung und drohende Rechtsfolge	249
2. Die Stellung des Mitarbeiters als Abgrenzungskriterium	250
II. Risiko Scheinselbständigkeit	252
III. Werk- und Dienstverträge unter Flexibilitäts Gesichtspunkten	253
§ 19 Sonderformen der Vertragsbeendigung: Abfindungsschutz statt Bestandsschutz	254
A. Vorab: Abfindungsvarianten und Abfindungszweck	255
I. „Normale“ Abfindung und Turboprämie	255

II. Abfindungszweck bei individueller und kollektiver Vereinbarung	256
B. Privatautonome Vereinbarungen der Vertragsbeendigung	258
I. Aufhebungsvertrag mit Abfindungsvereinbarung	258
1. Form und Inhalt des Aufhebungsvertrages	259
2. Sonderfall: Aufhebungsverträge im Rahmen von Freiwilligenprogrammen	261
3. Sperrzeitproblematik	263
II. Sonderfall Abwicklungsvertrag	266
1. Form und Inhalt	266
2. Sperrzeitproblematik	268
III. Beendigung durch gerichtlichen Vergleich	270
1. Form und Inhalt	271
2. Sperrzeitproblematik	272
3. Realität des Prozessvergleichs	274
C. Abfindungen und Turboprämien im Sozialplan und im Sozialtarifvertrag	275
I. Abfindungsvereinbarungen im Sozialplan	275
II. Abfindungsvereinbarung im Tarifsozialplan	276
III. Sperrzeitproblematik	277
D. Gesetzlich vorgesehene Varianten eines Abfindungsschutzes	278
I. Abfindung nach § 1a KSchG	278
1. Voraussetzungen und Inhalt	278
2. Sperrzeit	281
3. § 1a KSchG: (K)ein überzeugendes Konzept für die arbeitsvertraglichen Akteure?	282
II. Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG	285
1. Voraussetzungen und Inhalt	286
2. Antrag durch den Arbeitnehmer	286
3. Antrag durch den Arbeitgeber	288
4. Antrag durch beide Parteien	289
5. Sperrzeit	290
6. Janusköpfigkeit des § 10 KSchG: Die Abfindung als Anknüpfungspunkt für weiteren mittelbaren Bestandsschutz	290
E. Abfindungen für leitende Angestellte	292
§ 20 Zwischenergebnis zu Kapitel 5	293

Kapitel 6: Historische Entwicklung und gesellschaftspolitische Einflüsse	296
§ 21 Etappen des Kündigungsschutzes	296
A. Rudimentärer Schutz des Arbeitnehmers	296
I. Entwicklung im 19. Jahrhundert	297
II. Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg	299
III. Entwicklungen in der Weimarer Republik	300
1. Die Demobilmachungsverordnung	301
2. Das Betriebsrätegesetz von 1920	302
3. Entwicklungen in der NS-Zeit	304
B. Entstehung und Fortentwicklung des echten Kündigungsschutzes	305
I. Vorbereitung eines Kündigungsschutzgesetzes	306
1. Der Frankfurter Entwurf	307
2. Der Hattenheimer Entwurf	309
II. Das Kündigungsschutzgesetz von 1951	311
1. Wesentliche Regelungstatbestände	311
2. Das Kündigungsschutzgesetz als Bestandsschutzgesetz	312
III. Nachfolgende Entwicklung des gesetzlichen Kündigungsschutzes	313
§ 22 Beeinflussung durch Strukturveränderungen und Megatrends der Arbeitswelt	318
A. Sektoraler Strukturwandel	318
B. Technisierung und Digitalisierung	321
C. Europäische Integration und Globalisierung	323
D. Demografischer Wandel	325
§ 23 Zwischenergebnis zu Kapitel 6	330
Kapitel 7: Reformimpulse und Ausgleichsperspektiven im System der Bestandsregulierung	334
§ 24 Begründung einer Reform der Regulierung	334
A. Reformdruck durch Veränderungen der sozialstaatlichen und gesellschaftspolitischen Grundwertungen	334
I. Das allgemeine Anpassungserfordernis	334
II. Veränderte Werte und Einflussfaktoren	336

B. Reformdruck wegen Widersprüchlichkeit, Realitätsferne und Rechtsunsicherheit im Bestandsschutzrecht	339
I. Vertreter einer Reformidee	340
II. Vertreter der systemimmanenten Deregulierung	342
III. Vertreter weiterer Veränderungsoptionen	343
C. Reformbedarf trotz fraglicher Beschäftigungsrelevanz?	344
§ 25 Flexicurity – ein entsprechender politischer Auftrag	346
A. Ausgangspunkt, Begriff und Elemente	347
B. Der europäische Weg zu Flexicurity: Lissabon-Prozess und Europa 2020	349
C. Bisherige Implementierung von Flexicurity im nationalen Recht	352
§ 26 Abbau des bestandsschützenden Schwerpunktes zu Gunsten eines Abfindungsschutzes	354
A. Etablierung eines gesetzlichen Abfindungsschutzes	354
I. Rechtliche Erwägungen	354
II. Zur gesetzlichen Regelung	357
B. Das Vorbild „Abfertigung neu“ als Variante eines Abfindungsschutzes	357
I. Aufbau des Abfertigungssystems	358
II. Vor- und Nachteile des Abfertigungssystems	360
C. Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs des § 14 Abs. 2 KSchG	363
§ 27 Ausweitung der Dispositionsfreiheit über Bestandsschutz	365
A. Die Ausgangslage: Zwischen Bestandsschutz und Bevormundung	366
I. Abgrenzung zu allgemeinen Ungleichgewichtslagen der Vertragsparteien	366
II. Korrektur von Ungleichgewichtslagen bei gestörter Vertragsparität	367
B. Der strukturell (nicht) unterlegene Arbeitnehmer	368
I. Situation niedrig qualifizierter Arbeitnehmer (Problem der Austauschbarkeit)	369
II. Situation hoch qualifizierter Fachkräfte und Spezialisten	370
III. Situation der leitenden Angestellten	372
IV. Sonderfall Aufhebungsvertrag	373
C. Dispositionsfreiheit im Tarifvertrag	374
D. Gesetzliche Umsetzung der größeren Dispositionsfreiheit	375

Inhaltsverzeichnis

§ 28 Ausgleich durch mittelbaren sozialrechtlichen Bestandsschutz	378
A. Sozialrechtlicher Bestandsschutz zur Kompensation	378
B. Ausgleich durch Experience Rating	379
I. Wirkungsweise von Experience Rating	380
II. Experience Rating: Ein Vorbild für die deutsche Arbeitslosenversicherung?	382
§ 29 Zwischenergebnis zu Kapitel 7	387
Kapitel 8: Beantwortung der Leitfragen und Schlussbemerkung	390
Literaturverzeichnis	395

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1:	Modellhafte Darstellung der Regulierungskomplexe im Rotationskreislauf	88
Abb. 2:	Regulierungsinstrumente in den Rotationsphasen, zugeordnet anhand ihres zeitlichen Wirkungspunktes	183
Abb. 3:	Regulierungsinstrumente systematisiert nach der Art ihres Wirkmechanismus	225
Abb. 4:	Historische Entwicklung der Wirtschaftssektoren (Sektoraler Strukturwandel)	319
Abb. 5:	Historische Etappen der gesetzlichen Bestandsschutzentwicklung	332

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
ABR	Registerzeichen des Bundesarbeitsgerichts für allgemeine Rechtsbeschwerdeverfahren
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Arbeitgeber
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AIS	Arbeits- und Industriesoziologische Studien
Alt.	Alternative
ALG	Arbeitslosengeld
AN	Arbeitnehmer
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte

Abkürzungsverzeichnis

ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht aktuell
ArbRB	Der Arbeits-Rechtsberater
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landes- arbeitsgerichte (1928–1944)
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
AV	Arbeitsvertrag
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayLSG	Bayerisches Landessozialgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungs- wesen und Controlling
Bearb.	Bearbeiter
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
Begr.	Begründer
BeitrAB	Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsfor- schung/ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht

BGBL	Bundesgesetzblatt
BMVG	Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz
BMVSG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BRG 1920	Betriebsrätegesetz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CESifo DICE Report	Quarterly Journal for Institutional Comparisons/ Ifo Institute
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
dms	Der moderne Staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft

Abkürzungsverzeichnis

EL	Ergänzungslieferung
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HS	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
HWWI	Hamburgisches Welt Wirtschafts Insitut
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
IAQ-Standpunkte	Online-Publikation des Instituts Arbeit und Qualifikation der Universität Duisburg-Essen
ILO	International Labour Organisation
info also	Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht
InsO	Insolvenzordnung

IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit
IW-Trends	Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln
IZA	Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Union
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LS	Leitsatz
MaxPlanckForschung	Wissenschaftsmagazin der Max-Planck-Gesellschaft
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MiLoG	Mindestlohngesetz
MittAB	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NCCI	National Council on Compensation Insurance
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No.	Number
Nr.	Nummer

Abkürzungsverzeichnis

NS	Nationalsozialismus
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifierrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
RGBL	Reichsgesetzblatt
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift für das österreichische
Wirtschaftsrecht)	
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB I	Erste Buch Sozialgesetzbuch
SGB II	Zweites Buch Sozialgesetzbuch
SGB III	Drittes Buch Sozialgesetzbuch
SGB IV	Viertes Buch Sozialgesetzbuch
SGB VI	Sechstes Buch Sozialgesetzbuch

SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StabG	Stabilitätsgesetz
StBW	Steuerberaterwoche
StGB	Strafgesetzbuch
USA/ US	United States of America
ThürVBl	Thüringer Verwaltungsblätter
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	und andere
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume (Band)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WiSta	Wirtschaft und Statistik
WSI Mitteilungen	Zeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZIAs	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

Kapitel 1: Bestandsfragen im Arbeitsverhältnis – Eine Einführung

§ 1 *Das Spannungsfeld von Sicherheit und Flexibilität*

Der moderne Arbeitsmarkt ist geprägt von komplexen Beziehungen seiner Akteure. Arbeitgeber¹ einerseits, Arbeitnehmer und auch Arbeitslose andererseits treten einander mit unterschiedlichen Intentionen gegenüber und drängen im rechtlichen und beschäftigungspolitischen Diskurs auf eine Durchsetzung ihrer Standpunkte. Speziell bei der Ausgestaltung arbeitsvertraglicher Beziehungen und vor allem bei deren Beendigung zeigen sich gegenläufige Interessen, die schwer vereinbar erscheinen.

A. Interessen und Einflüsse auf Seiten der Akteure

Die Gegensätze lassen sich zunächst auf vereinfachte Formeln bringen: Arbeitgeber fordern Flexibilität im Umgang mit ihrem Personal und ausgeprägte unternehmerische Freiheiten bei der vertraglichen Gestaltung von Arbeitsverhältnissen. Sehen sie diese Freiheit im Normalarbeitsverhältnis nicht hinreichend gewährleistet, so greifen sie häufig und gerne auf sogenannte atypische Beschäftigungsformen zurück: Befristungen, Leiharbeit und Werkverträge haben sich daher auf hohem Niveau neben traditionellen Beschäftigungsformen etabliert.² Arbeitnehmer pochen dagegen auf umfassenden Bestandsschutz ihrer Arbeitsverhältnisse und halten an einem gesicherten Status fest. Ihre Zielvorstellung ist regelmäßig die unbefristete Normalbeschäftigung, da sie ein hohes Maß persönlicher Planungssicherheit gewährleistet. Arbeitslose erwarten schließlich finanzielle Unterstützung und eine schnelle Integration in den Arbeitsmarkt mit Hilfe akti-

1 Die vorliegende Arbeit verzichtet allein aus Gründen der besseren Lesbarkeit auf eine gendergerechte Sprache. Aufgrund der Fülle von Personenbezeichnungen wird zur Vereinfachung stets die maskuline Form verwendet. Diese Begriffswahl umfasst selbstverständlich stets gleichermaßen die weiblichen Akteure.

2 Vgl. *Braun, S.*, Atypische Beschäftigungsverhältnisse: Unternehmen im Spannungsfeld von Gestaltungsmöglichkeiten und Effizienzverlusten, NJ 2014, S. 276; *Eichhorst/ Marx/ Thode*, Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit, S. 12 ff.; *Wank*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, RdA 2010, S. 193 (194).

vierender Impulse. Für sie zählen Instrumente, die auf die Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einwirken, ohne zugleich zum abschreckenden Einstellungshemmnis zu werden.

Flexibilität und Sicherheit stehen sich somit als Interessenpole gegenüber, ergänzt durch das Erfordernis, entstehenden Spannungen mit einem ausgewogenen Instrumentenmix zu begegnen und dadurch auch den Arbeitslosen den Zugang zur Arbeitswelt zu erleichtern.

Angesichts solch einleitender Schlagworte darf nicht außer Acht bleiben, dass der Arbeitsmarkt und die individuellen Interessenlagen selbstverständlich weit komplexer und vielschichtiger sind. So beeinflussen gesellschaftliche und wirtschaftliche Megatrends³ als dauerhafte strukturelle Umwälzungen die Beziehungen der Akteure und deren rechtliche Ausgestaltung. Diese Trends können wiederum in unterschiedliche Richtungen weisen. Zum einen bringt die demografische Entwicklung langfristig ein sich verringerndes Erwerbspersonenpotenzial⁴ mit sich und begründet damit ein wachsendes Arbeitgeberinteresse, qualifiziertes Personal dauerhaft an sich zu binden. Auf der anderen Seite ist der Arbeitsmarkt aber auch der Globalisierung als gegenläufiger Kraft ausgesetzt. Unternehmen müssen sich verstärkt in einem universalen Wettbewerb der internationalen Konkurrenz stellen, die auch die Arbeitsverhältnisse unter einen massiven und standortentscheidenden Kostendruck setzt. Ebenfalls weisen die Folgen der Digitalisierung sowie die konjunkturelle Schnelllebigkeit in Richtung weiterer Flexibilisierung. Auf kurzfristige Schwankungen der Nachfrage oder strukturelle Veränderungen soll möglichst rasch mit einer bedarfsgerechten Anpassung der Belegschaft reagiert werden können. Der Arbeitnehmer ist dabei als Ressource Mensch vergleichbar mit sonstigen Betriebsmitteln, die unter dem Anpassungsdruck der unternehmerischen Vorgaben stehen.⁵

3 Grundlegend *Naisbitt*, Megatrends, S. 22 ff.

4 Hierunter versteht man nach dem Konzept des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) die Summe der Erwerbstätigen zuzüglich der Erwerbslosen plus einer stillen Reserve, die sich insbesondere aus entmutigten, bereits ausgeschiedenen oder im Bildungssystem gebundenen Personen zusammensetzt. Vgl. eingehend *Fuchs, J.*, Erwerbspersonenpotenzial und Stille Reserve – Konzeption und Berechnungsweise, in: *Kleinhenz* (Hrsg.), IAB-Kompandium Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, BeitrAB 250, S. 79 (81 ff.).

5 Vgl. zum Human Resource Management beispielhaft *Lindner-Lohmann/ Lohmann/ Schirmer*, Personalmanagement, S. 23 ff. und 225 ff.; *Oechsler*, Grundlagen des Human Resource Management und der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen, S. 111 ff.

Es liegt auf der Hand, dass mit solchen Wettbewerbszwängen längst ein fundamentaler Wandel der tradierten Arbeitsstrukturen einhergeht. Dieser Wandel zeigt sich unter zukunftsweisenden Slogans, wie dem Modell „Liquid“,⁶ mit dem der IT-Konzerns IBM seine Arbeitsstrukturen organisiert: Auf einer Crowdfunding-Plattform⁷ konkurrieren hier interne Mitarbeiter und externe Freelancer um ausgeschriebene Projekte des Unternehmens. Gerade geistige Arbeit wird auf diese Weise zu einer schnell verfügbaren, aber auch austauschbaren Ware. Es entstehen ganz neue, flexible Formen der Zusammenarbeit, zugleich aber weichen etablierte Sicherheiten der Arbeitnehmer und ihr fester Platz in der Stammebelegschaft auf.⁸ Ähnlich sieht es bei allen Spielarten der „Arbeit 4.0“ aus,⁹ bei der sich die Akteure vor allem mit den einschneidenden Folgen von Digitalisierung und Automatisierung auseinandersetzen.¹⁰ Herkömmliche Arbeitsplätze werden weniger, verbleibende Arbeitnehmer erhalten dagegen mehr Gestaltungsfreiheit für ihr Arbeitsumfeld und ihre Zeiteinteilung, Laptop und Smartphone ersetzen althergebrachte Organisationsstrukturen. Alle neuen Arbeitsformen zeigen gleichermaßen, was der Ressource Mensch abverlangt wird: In besonderem Maße sind heute Wandlungsfähigkeit und Flexibilität, Ungebundenheit und umfassende Verfügbarkeit gefragt, sowie die Bereit-

6 *Kawalec/ Menz*, Die Verflüssigung von Arbeit, AIS 2013/2, S. 5 ff.; *Lepke/ Rehm/ Jänicke*, Crowdsourcing: Generation Open bei IBM, in: IG Metall Vorstand (Hrsg.), Crowdsourcing. Beschäftigte im globalen Wettbewerb um Arbeit – am Beispiel IBM, S. 20 ff.; *Koenen*, Schrumpfkurs. IBM baut in Deutschland Tausende Stellen ab, Handelsblatt Onlineausgabe vom 1.2.2012.

7 Eingehend *Däubler/ Klebe*, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA 2015, S. 1032 ff.; *Kocher/ Hensel*, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, S. 984 ff.

8 *Meyer*, IBM macht Ernst mit Crowdfunding, Computerwoche Onlineausgabe vom 26.9.2014; *Roth, E.*, Unternehmensplattform Liquid IBM setzt auf „digitale Fließband-Arbeit“, Berliner Zeitung Online-Ausgabe vom 23.4.2015.

9 *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Grünbuch Arbeiten 4.0, S. 30 ff. sowie die Internetseite des politischen Zukunftsdialogs Arbeiten 4.0, abrufbar unter <http://www.arbeitenviernull.de/>, Stand: 15.2.2019. Teils mit dem hier zu Grunde gelegten Begriffsverständnis überschneidend werden für ähnliche Trends der Arbeit und ihre künftigen Entwicklungen die Begriffe Arbeit 2.0 und Arbeit 3.0 verwendet. Vgl. beispielhaft die Studie des Digitalverbandes *Bitkom*, Arbeit 3.0, S. 7 ff., sowie *Mesmer*, Arbeit 2.0. Junge Mitarbeiter wissen, was sie wollen, Computerwoche Onlineausgabe vom 10.6.2010.

10 Vgl. *Leopold/ Stefanova Ratcheva/ Zahidi*, The Future of Jobs Report 2018/ World Economic Forum, S. 7 ff.; *Kramer, B.*, Es wird Jobs geben, die wir uns bisher nicht vorstellen können, Interview mit Till Leopold, Ökonom des Weltwirtschaftsforums, Zeit Online vom 20.9.2018.

schaft, sich strikten Kostenkalkulationen des Arbeitgebers und damit den Gesetzen des globalisierten Marktes unterzuordnen.

Ein sich derart wandelndes Arbeitsleben geht selbstverständlich auch mit gesellschaftlichen Veränderungen einher.¹¹ Längst ist es akzeptiert, dass ein Arbeitsplatz nicht mehr die Lebensarbeitszeit ausfüllt. Umbrüche in der Erwerbsbiographie werden heute meist leichter hingenommen als in früheren Generationen und auch als normaler Schritt des beruflichen Werdeganges akzeptiert oder gewünscht. Neben dem hohen Gut des festen Arbeitsplatzes hat sich bei vielen Arbeitnehmern ein ausgeprägtes Interesse an persönlicher Verwirklichung und Weiterentwicklung etabliert – auch oder gerade in neuer beruflicher Umgebung. Speziell junge Arbeitskräfte in modernen Dienstleistungsbranchen lassen sich nicht mehr auf das formelhafte Sicherheitsinteresse reduzieren: Ihnen scheint der ohnehin spürbare Flexibilitätswunsch des Arbeitgebers oft viel mehr entgegenzukommen. Sie wollen ihre Tätigkeit gerade ohne das Korsett fester Arbeitszeiten und ohne örtliche Bindungen erledigen. Ein flexibel gestaltetes Arbeitsleben mit möglichst selbständig organisierten, abwechslungsreichen Projekt-tätigkeiten ist für sie weitaus attraktiver als die dauerhafte Bindung an einen einzigen Arbeitgeber.¹² Für diese „digitale[n] Nomaden“¹³ kann der Gewinn an wirtschaftlicher Sicherheit und Planbarkeit, den ein festes Arbeitsverhältnis bietet, den Verlust ihrer individuellen Gestaltungsfreiheit nicht aufwiegen. Konsequenterweise wird von ihnen auch das Ende eines Arbeitsverhältnisses mehr als Chance für einen Neuanfang begriffen denn als Einschnitt in ihre wirtschaftliche wie auch gesellschaftliche Stellung. Im Streitfall über das Ende der Zusammenarbeit wäre hier wohl nicht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, sondern ein finanzieller Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes Primärziel des Arbeitnehmers.

Auf der anderen Seite betreffen die Veränderungen der Arbeitswelt nicht nur diejenigen, die ihren Beruf ohnehin ungebunden und möglichst frei von regulierenden Vorgaben ausüben wollen. Betroffen sind zugleich all jene, die nach wie vor traditionelle Arbeitsverhältnisse bevorzugen oder auch in besonderem Maße darauf angewiesen sind: Arbeitnehmer also, für die der feste Bestand ihres Arbeitsplatzes höchstes Gut ist, da daran ihre

11 Dazu eingehend *Heuser/ Lobenstein/ Rudzio/ Wefing*, Was machen wir morgen?, Zeit Online vom 26.4.2018.

12 *Mesmer*, Arbeit 2.0. Junge Mitarbeiter wissen, was sie wollen, Computerwoche Onlineausgabe vom 10.6.2010.

13 *Tiedge*, Arbeiten ohne festen Arbeitsplatz. Mama ich will Nomade werden, Spiegel Online vom 17.10.2014.

wirtschaftliche und familiäre Planungssicherheit anknüpft. Auch sie erleben, dass sich die Arbeitskraft zunehmend den unmittelbaren betrieblichen Bedürfnissen unterzuordnen hat und dass sie den umsatz- oder konjunkturbedingten Schwankungen eines Unternehmens ausgesetzt sind. Vermehrt müssen auch sie unfreiwillige Brüche und Umschwünge in ihrer Erwerbsbiographie in Kauf nehmen.

B. Gefahr von Langzeitarbeitslosigkeit und Humankapitalentwertung

Neben den Interessengegensätzen der Akteure und den skizzierten Entwicklungstrends prägt den deutschen Arbeitsmarkt das Phänomen der Langzeitarbeitslosigkeit. Davon spricht man, wenn die Arbeitslosigkeit einer Person mindestens ein Jahr andauert.¹⁴

Deutschland ist es im vergangenen Jahrzehnt zwar gelungen, die Arbeitslosigkeit zu senken und auf vergleichsweise niedrigem Niveau zu halten. Gerade während der internationalen Finanzkrise konnte das Problem hier besser als in vielen anderen Ländern im Griff gehalten werden. So hatte die Arbeitslosigkeit im wiedervereinigten Deutschland im Jahr 2005 ihren Höhepunkt mit einer Quote von 11,7 Prozent aller zivilen Erwerbspersonen. Inmitten der Finanzkrise im Jahr 2008 betrug die Quote dagegen nur mehr 7,8 Prozent und sie sank seither stetig ab auf 5,2 Prozent im Jahresdurchschnitt 2018.¹⁵ Dennoch hielt sich im selben Zeitraum der Anteil der Langzeitarbeitslosen an den registrierten Arbeitslosen auf einem vergleichsweise hohen Niveau. Augenfällig wird dies vor allem im internationalen Vergleich anhand der Statistik der OECD. Diese berücksichtigt abweichend von der deutschen Statistik die Langzeiterwerbslosen nach dem Labour-Force-Konzept der International Labour Organization

14 Die nationale Definition ergibt sich aus § 18 Abs. 1 SGB III. Mit ähnlichen Kriterien stellt auch die Definition der International Labour Organization (ILO) darauf ab, dass der Erwerbslose ein Jahr und länger kein Beschäftigungsverhältnis vorweisen kann und damit als langzeiterwerbslos zu bezeichnen ist. Vgl. *ILO, Key Indicators of the Labour Market (KILM)*, S. 102.

15 Statistik der *Bundesagentur für Arbeit*, Arbeitslosigkeit im Zeitverlauf, abrufbar unter <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/Aktuell/iii4/alo-zeitreihe-dwo/alo-zeitreihe-dwo-b-0-xlsx.xlsx>, Stand: 15.2.2019. Einen historischen Tiefststand seit der Wiedervereinigung erreichte die Arbeitslosenquote im November 2018 mit 4,8 Prozent aller zivilen Erwerbspersonen, *Statistisches Bundesamt*, Arbeitsmarkt, Arbeitslosenquote (monatlich), abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Arbeitsmarkt/arb210.html>, Stand: 15.2.2019.

(ILO).¹⁶ Im Jahr 2005 waren danach in Deutschland 53 Prozent der Erwerbslosen zugleich langzeiterwerbslos, während zeitgleich der OECD-Durchschnitt bei knapp 32 Prozent lag. Spitzenwerte erreichte Deutschland in den beiden Folgejahren mit einem Anteil von mehr als 56 Prozent, womit der OECD-Durchschnitt um mehr als 25 Prozentpunkte überschritten wurde. Als im Jahr 2014 ein internationaler Durchschnitt von gut 35 Prozent gemessen wurde, überschritt Deutschland diesen Wert mit einem Anteil von mehr als 44 Prozent weiterhin deutlich.¹⁷

Im Allgemeinen sind es Personen mit guten Qualifikationen, geringen persönlichen Vermittlungshemmnissen und einem hohen Maß an persönlicher Flexibilität, die zuerst den Weg aus der Arbeitslosigkeit finden. Die Verbleibenden – strukturell betroffen sind vor allem ältere Arbeitnehmer, Geringqualifizierte, aber auch Alleinerziehende¹⁸ – haben dagegen häufig mit einer Vielzahl „individueller Problemlagen“¹⁹ zu kämpfen, so dass eine weitere strukturelle Verschlechterung der Arbeitslosigkeit und damit einhergehend die zunehmend schwere Vermittelbarkeit der Arbeitslosen die Folge ist. Ihre negative Situation verfestigt sich mit zunehmender Dauer der Arbeitslosigkeit.

Insbesondere erhöht sich in diesem Fall die Gefahr der Humankapitalentwertung. Das Humankapital einer Person umfasst all jene

„produktiven Eigenschaften [...], die [...] [sie] sich durch irgendeine Form von Erziehung oder Ausbildung aneignen kann. Neben Schul- und Berufsausbildung führt auch die Einübung von Eigenschaften wie Lernfähigkeit, Zuverlässigkeit, Teamarbeit oder die Fähigkeit, neue Aufgaben schnell zu übernehmen, zu einer Erhöhung des Humankapitals und damit zu einer Erhöhung der individuellen Produktivität.“²⁰

16 Zur Abgrenzung der statistischen Erhebungsmethoden *Hartmann/ Riede*, Erwerbslosigkeit nach dem Labour-Force-Konzept – Arbeitslosigkeit nach dem Sozialgesetzbuch: Gemeinsamkeiten und Unterschiede, WiSta 2005, S. 303 (304 ff.).

17 *OECD*, Die OECD in Zahlen und Fakten 2015-2016, Kapitel Arbeitsmarkt/ Langzeitarbeitslosigkeit, S. 135.

18 *Bundesagentur für Arbeit*, Die Arbeitsmarktsituation von langzeitarbeitslosen Menschen 2017, S. 9 ff.; *Duell/ Thurau/ Vetter*, Long-Term-Unemployment in the EU, S. 16 ff.

19 *Bundesagentur für Arbeit*, Sockel- und Langzeitarbeitslosigkeit 2011, S. 9.

20 *Sesselmeier*, Einkommenstransfers gegen persistente Arbeitslosigkeit, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Förderung der Beschäftigung von Geringqualifizierten in Deutschland vor dem Hintergrund der Erfahrungen in Frankreich, den Niederlanden und Schweden, S. 23 (24).

Eine Entwertung dieser persönlichen Ressourcen findet entweder intern durch Entmutigung und Verlernen relevanter Fähigkeiten oder von Fachwissen statt, oder aber extern im Fall einer Weiterentwicklung von Arbeitstechniken und Einsatzfeldern, die der Betroffene jedoch aufgrund seines Außenstehens nicht miterlebt.²¹

Jedenfalls nach einem Jahr der Arbeitslosigkeit manifestiert sich die Humankapitalentwertung soweit, als die betroffene Person in künftigen Beschäftigungsverhältnissen regelmäßig nur mehr ein verringertes Gehalt zu erzielen vermag.²² Wenn also davon auszugehen ist, dass Langzeitarbeitslosigkeit unweigerlich mit einem Kompetenzabbau in fachlicher sowie persönlicher Hinsicht einhergeht, so verstärkt sie zusätzlich die Vermittlungshemmnisse und verringert die künftigen Einkommenschancen auf Seiten der Langzeitarbeitslosen.²³ An dieser Stelle unterstützend auf die Übergänge zwischen Phasen der Beschäftigung und Arbeitslosigkeit einzuwirken und die Dauer der Arbeitslosigkeit zu verringern, ist eine besondere Herausforderung der Arbeitsmarktpolitik und ihres Instrumentenkanons.

§ 2 Zielkonflikte im Instrumentenmix

Nimmt man ausgehend von der Ebene der Akteure weiter in den Blick, wie sich die deutsche Rechtsordnung zu den skizzierten Interessengegensätzen und den damit einhergehenden Problemkreisen verhält, so treten auch bei der rechtlichen Umsetzung Spannungen zu Tage. Das Zusammenspiel der Regulierungsmittel, die auf die hier maßgebliche Handlungsfreiheit der Akteure steuernden Einfluss nehmen, wirft Zielkonflikte auf.

A. Die Regulierungsstruktur

Zunächst sichert der Gesetzgeber mit einer hohen Regulierungsdichte den Bestand von Arbeitsverhältnissen. Im Zentrum steht hier der Kündigungs-

21 *Sesselmeier*, Einkommenstransfers gegen persistente Arbeitslosigkeit, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Förderung der Beschäftigung von Geringqualifizierten in Deutschland vor dem Hintergrund der Erfahrungen in Frankreich, den Niederlanden und Schweden, S. 23 (25).

22 Eingehend *Mincer/ Ofek*, Interrupted Work Careers, S. 11; *Beblo/ Wolf*, Die Folgekosten von Erwerbsunterbrechungen, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung Band 71/2002, Heft 1, S. 83 ff.

23 *Bundesagentur für Arbeit*, Sockel- und Langzeitarbeitslosigkeit 2011, S. 14.

schutz mit seinen vielfältigen gesetzlichen und von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Im Geltungsbereich des materiellen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz ist eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung nur dann rechtmäßig, wenn sie neben den einzuhaltenden formellen Anforderungen durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt und die Sozialauswahl korrekt erfolgt ist. Auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes sowie in anderen Fällen der Vertragsbeendigung fordert der Gesetzgeber die Einhaltung rechtlicher Hürden. Eine weitreichende gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen und die prozessuale Ausrichtung des Kündigungsschutzverfahrens auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses verstärken die Wirkung dieser Instrumente. Hinzu treten Sanktionen für abweichendes Verhalten, wie die Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld. Bei alledem kann der Arbeitnehmer jedenfalls vorab nicht freiwillig auf bestimmte Schutzwirkungen verzichten, so dass insgesamt ein enger Rahmen für die rechtmäßige Beendigung und Abwicklung von Arbeitsverhältnissen besteht. Mit Hilfe dieses Regulierungsgeflechts gibt der Gesetzgeber ein Bekenntnis zum Schutz der Arbeitnehmer und speziell der bestehenden Arbeitsverhältnisse ab.

Zum anderen hält die Rechtsordnung aber durchaus umfassende Flexibilitätsinstrumente bereit, die nicht in Richtung Bestandsschutz weisen. Gerade die Varianten der atypischen Beschäftigung wurden in den vergangenen Jahrzehnten immer mehr ausgebaut und gefördert, so dass sich ihr Anteil zwischenzeitlich auf deutlich über 20 Prozent aller abhängigen Beschäftigungsverhältnisse eingependelt hat.²⁴ Angesichts dieser Zahl kann durchaus von einer etablierten Zweiteilung des Arbeitsmarktes gesprochen werden.²⁵

Ursprünglich war atypische Beschäftigung nicht als dauerhafte Möglichkeit der Erwerbsarbeit vorgesehen. Die verschiedenen Formen sollten der konjunkturellen Belebung dienen, den Umgang mit einer schwankenden Auftragslage und mit Engpässen in der Belegschaft erleichtern, oder die

24 Statistik des *Statistischen Bundesamtes*, Atypische Beschäftigung, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Arbeitsmarkt/Erwerbstätigkeit/TabellenArbeitskraefteerhebung/AtypKernerwerbErwerbsformZR.html>, Stand: 15.2.2019.

25 Vgl. *Eichborst/ Profit/ Thode*, Benchmarking Deutschland: Arbeitsmarkt und Beschäftigung, S. 27; *OECD*, OECD Wirtschaftsberichte: Deutschland 2012, S. 26 f.

personelle Ausstattung zeitlich begrenzter Projekte ermöglichen.²⁶ Tatsächlich aber etablierten sich die als Ausnahmen eingeführten Instrumente über die Zeit als reguläre Alternativen zur Normalbeschäftigung. Dies zeigt sich beispielhaft an der befristeten Beschäftigung, die anfangs als übergangsweises und zeitlich begrenztes Mittel zur Ankurbelung der Konjunktur gedacht war,²⁷ später jedoch zunächst in ihrer Anwendbarkeit verlängert²⁸ wurde und schließlich im Jahr 2000 im Erlass des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Beschäftigung (TzBfG)²⁹ mündete. Dieses lässt heute keinen expliziten Ausnahmecharakter mehr erkennen.

Der Gesetzgeber nimmt somit eine ambivalente Haltung bei der Ausrichtung der Beschäftigungsstruktur ein. Der feste Bestand von Arbeitsverhältnissen wird rechtlich umfassend abgesichert, während sich die Bestandsschutzwirkungen zugleich mit alternativen Beschäftigungsformen vermeiden oder verringern lassen.

B. Ambivalenz bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Eine weitere Zwiespältigkeit der Rechtsordnung zeigt sich bei der konkreten vertraglichen Abwicklung am Ende eines Arbeitsverhältnisses. Will ein Kündigungsempfänger die Kündigung nicht akzeptieren, so muss er eine Kündigungsschutzklage erheben. Diese kann ausschließlich auf Feststellung des Fortbestands gerichtet sein. Eine Klage, die dagegen direkt auf eine Abfindung zielt, scheidet aus, selbst wenn der Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht will. Hierfür kommt allein der prozessuale Umweg der §§ 9, 10 KSchG in Betracht. Zugunsten einer Abfindung bei Verzicht auf das Klageverfahren bietet ferner § 1a KSchG eine gewisse gesetzliche Handlungsalternative.

Dies klingt angesichts des materiellen Bestandsschutzes zunächst konsequent, jedoch weicht das gesetzlich Vorgesehene von der Realität des Arbeitslebens ab. In verschiedenen rechtlichen Konstellationen greift der vom Gesetz gewollte Bestandsschutz letztlich nicht durch, da Arbeitsver-

26 Gesetzesbegründung zum Beschäftigungsförderungsgesetz 1985, BT-Drucks. 10/2102, S. 14 f.; Gesetzesbegründung zum Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drucks. 17/4804, S. 7.

27 Gesetzesbegründung zum Beschäftigungsförderungsgesetz 1985, BT-Drucks. 10/2102, S. 14 f.

28 Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Verlängerung beschäftigungsfördernder Vorschriften, BT-Drucks. 11/4952, S. 6.

29 BGBl. I, S. 1966 ff.

hältnisse sehr wohl gegen Zahlung von Abfindungen beendet werden. Hierfür können die Akteure die allgemeinen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nutzen und einen Aufhebungsvertrag oder einen gerichtlichen Vergleich vereinbaren, ebenso sind Abfindungen typischer Sozialplaninhalt bei Massenentlassungen. Es fehlt dabei allerdings am klaren Bekenntnis von Legislative und Judikative zu solchen Vereinbarungen und damit zum Abfindungsschutz als legitimes Ziel bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Vielmehr stellt das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung zum Kündigungsschutz und damit zur gesetzgeberischen Zielvorgabe klar:

„Das Kündigungsschutzgesetz dient vornehmlich dem Schutz des Arbeitsplatzes. Es wünscht, wenn möglich, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Es ist somit ein ‚Bestandsschutzgesetz‘ und kein ‚Abfindungsgesetz‘.³⁰

Auch auf arbeitsvertraglicher Ebene ist also eine Ambivalenz feststellbar: Der Gesetzgeber zielt umfassend auf den Fortbestand des einzelnen Arbeitsverhältnisses, zugleich aber lässt sich bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen die vorgesehene Bestandsschutzwirkung umgehen.

C. Kritik am status quo

Vorhandene Zielkonflikte der Regulierungsinstrumente sind kritisch im Lichte ihrer Entwicklung zu betrachten. Über Jahrzehnte hinweg entstanden und erweiterten sich bestandsschützende sowie flexibilisierende Instrumente unter verschiedenen politischen wie auch konjunkturellen Rahmenbedingungen. Die Rechtsprechung nahm zusätzlichen Einfluss auf ihre Ausgestaltung. Folglich ist der gesetzliche Istzustand weder von einem politischen noch von einem rechtlichen Gesamtkonzept getragen. Ebenso sieht er sich fortwährender Veränderung der gesellschaftlichen wie auch der wirtschaftlichen Einflussfaktoren ausgesetzt. Die beschäftigungspolitische wie auch die juristische Diskussion zur Wirkung der jeweiligen gesetzlichen Instrumente flammt daher immer wieder auf.

Speziell die Zielkonflikte auf Ebene der vertraglichen Regulierung werden diskutiert. Hier stehen Ausprägung und Reichweite des arbeitsrechtli-

30 BAG, Urteil vom 5.11.1964 - 2 AZR 15/64, NJW 1965, S. 787; ebenso BAG, Urteil vom 7.5.1987 - 2 AZR 271/86, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 19; BAG, Urteil vom 10.7.2008, 2 AZR 1111/06, NJW 2009, S. 1766 (1769).

chen Bestandsschutzes und die Beschränkung seiner Umgehungsmöglichkeiten im Mittelpunkt rechtlicher Kritik.³¹ *Rüthers* formuliert dazu den pointierten Vergleich:

„Eine Ehe ist bei uns bei weitem einfacher und schneller auflösbar als ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.“³²

Auch die Wechselwirkung des umfassenden Bestandsschutzes mit den Interessen der Arbeitslosen wird kritisiert: Hier entstehe ein Verteilungskonflikt zwischen den Arbeitsmarktakeuren, also eine Verdrängungswirkung, die von den Arbeitsplatzinhabern – den Insidern – zu Lasten der Arbeitslosen – den Outsidern – ausgeht. Diese Wirkung wird als Insider-Outsider-Konflikt bezeichnet.³³

§ 3 Ausgangspunkt und Aufbau der Untersuchung

Die aufgezeigten Spannungen zwischen den Akteuren und die Zielkonflikte der gesetzlichen Regulierung von Bestand und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sind Ausgangspunkt dieser Arbeit. Im Hinblick darauf ist zu prüfen, wie Regulierungsinstrumente die unterschiedlichen Interessen abbilden und ob tatsächlich ein Schwerpunkt der Regulierung auf Bestandsschutz zielt. Die Instrumente der Arbeitsmarktregulierung, die den Bestand von Arbeitsverhältnissen wie auch den Übergang zwischen Phasen der Beschäftigung und der Arbeitslosigkeit beeinflussen, werden systematisiert und auf ihre Wirkung hin untersucht. Der Instrumentenmix wird in arbeits- und sozialrechtlicher Breite auf eine mögliche bestandsschützende

31 Vgl. beispielhaft *Bauer, J.-H.*, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, S. 529 ff.; *Buchner*, Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, S. 533 ff.; *Rüthers*, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, S. 1601 (1602 ff.); *Willemsen*, Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität - Gedanken zu einer grundlegenden Reform, NJW 2000, 2779 (2280 ff.); *Preis*, Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, S. 65 ff.

32 *Rüthers*, Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?, NJW 2003, S. 546 (548). Nach seinem zugespitzten Vergleich ist der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses dem Schutz einer kanonischen Ehe nach katholischem Ehe-recht angenähert.

33 Vgl. weiterführend *Walwei*, Mehr Arbeitsplätze durch weniger Beschäftigungssicherheit?, in: *Ehring/ Kalmbach* (Hrsg.), Weniger Arbeitslose – aber wie?, S. 143 (152 ff.); *Eichhorst/ Thode*, Arbeitsmarktreformen im Spannungsfeld zwischen Insidern und Outsidern, Wirtschaftsdienst 2/ 2003, S. 100 ff.

Wirkungsweise geprüft. Ebenfalls stellt sich die Frage nach Veränderungsoptionen im Instrumentenmix, um vorhandene Spannungsverhältnisse zu reduzieren.

A. Leitfragen

Vorangestellte Leitfragen geben Orientierung für den Aufbau und die Schwerpunktsetzung der Untersuchung.

Erstens: Welche arbeitsrechtlichen, sozialrechtlichen sowie sonstigen Instrumente regulieren den Bestand von Arbeitsverhältnissen und den Übergang zwischen Beschäftigung und Arbeitslosigkeit?

Zweitens: Zielen die Regulierungsinstrumente auf Sicherheit und Bestand des Arbeitsverhältnisses?

Drittens: Mit welchen rechtlichen Handlungen können die Arbeitsmarktakeure trotz bestandsschützender Regulierung dennoch mehr Flexibilität erreichen?

Viertens: Wie hat sich die bestandsschützende Regulierung historisch entwickelt und wie an strukturelle Veränderungen angepasst?

Fünftens: Geben die gewonnenen Erkenntnisse Anlass zu einer Reform des Bestandsschutzsystem? Wenn ja: In welcher Weise könnten Schwerpunkte im Regulierungssystem verschoben werden?

B. Untersuchungsgang

Zu Beginn der Untersuchung klärt **Kapitel 2** Vorfragen der Systematisierung. Der Begriff der Regulierung wird definiert und im Speziellen auf Fragen von Bestand und Übergang des Arbeitsverhältnisses angewandt. Das Verhältnis zwischen der Regulierung und dem in ihrem Zentrum stehenden Arbeitsverhältnis wird untersucht. Ebenfalls werden vorab die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Arbeitsmarktregulierung beleuchtet. Im Hinblick auf die durch Regulierung betroffenen Grundrechtspositionen der Arbeitsmarktakeure stehen hier Fragen der Berufsfreiheit sowie der Privatautonomie im Vordergrund. Ferner wird die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Regulierung auf Grundlage einer Schutzpflicht aus

Art. 12 Abs. 1 GG³⁴ sowie auf Grundlage von Staatszielbestimmungen begründet.

Kapitel 3 nimmt Bezug auf die **erste Leitfrage** und widmet sich dem für diese Arbeit maßgeblichen Instrumentenkanon der Arbeitsmarktregulierung. Hier stehen all jene Instrumente im Fokus, die den Bestand von Arbeitsverhältnissen und Übergänge zwischen diesen und Phasen der Arbeitslosigkeit betreffen. Ziel des Kapitels ist eine umfassende Systematisierung der Instrumente anhand ihres zeitlichen sowie inhaltlichen Wirkungsmoments. Dafür wird der Systematisierung ein modellhafter Rotationskreislauf zwischen Phasen der Arbeitstätigkeit und der Arbeitslosigkeit als Orientierungsrahmen zu Grunde gelegt.

Kapitel 4 geht der **zweiten Leitfrage** nach und klärt, ob die nunmehr systematisierten Instrumente tatsächlich schwerpunktmäßig auf die Sicherheitsinteressen der Arbeitnehmerseite und damit auf Bestandsschutz ausgerichtet sind. Die Untersuchung widmet sich hier zunächst dem Begriff und der Bedeutung des Bestandsschutzes. Die einzelnen Instrumente werden auf ihre Zielrichtung geprüft, wobei konkret nach einer möglichen Bestandsschutzwirkung gefragt wird. Dabei wird nach der Art des Wirkmechanismus zwischen unmittelbar, mittelbar und rein faktisch bestandschützenden Instrumenten differenziert.

Kapitel 5 widmet sich im Anschluss der Umsetzung von Flexibilitätsgeichtspunkten im Instrumentenkanon und greift damit die **dritte Leitfrage** auf. Hier liegt ein wesentliches Augenmerk auf den Dispositionsbefugnissen über bestandsschützende Instrumente. Es werden daraufhin diejenigen Möglichkeiten systematisch dargestellt und auf ihre Wirkung hin überprüft, mit deren Hilfe eine Vermeidung der Bestandsschutzwirkung möglich ist. Im Blickpunkt stehen die Varianten der atypischen Beschäftigung sowie vertragliche und gesetzliche Abfindungsmodelle.

Kapitel 6 zeigt auf, wie die heutige Ausprägung des Bestandsschutzes historisch gewachsen ist und wie seine Entwicklung mit strukturellen Veränderungen der Gesellschaft und des Arbeitsmarktes im Einklang steht. Damit behandelt das Kapitel die **vierte Leitfrage**. Die Untersuchung erfolgt am Beispiel des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, indem die gesetzlichen Entwicklungen insbesondere des Kündigungsschutzes darge-

34 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. I S. 1) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 13.7.2017 (BGBl. I S. 2347); im Folgenden GG.

stellt und Umbrüche sowie Manifestierungen der gesetzlichen Schwerpunktsetzung aufgezeigt werden.

Kapitel 7 fragt schließlich auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse, ob sich aus diesen sowie aus verfassungsrechtlichen Erwägungen die Notwendigkeit einer Reform des Bestandsschutzsystems ergibt. Ergänzend werden Reformimpulse aus Wissenschaft und Politik – insbesondere die europarechtliche Flexicuritystrategie – erörtert. Im Hinblick auf eine denkbare weiterreichende Dispositionsbefugnis über den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz wird das Problem einer gestörten Vertragsparität zwischen den Arbeitsvertragsparteien diskutiert. In diesem Zusammenhang wird eine ergänzende Norm im Kündigungsschutzgesetz vorgeschlagen. Ferner verdeutlichen ausgewählte rechtliche Optionen die Möglichkeit, im Bestandsschutzsystem neue Schwerpunkte zu setzen, wobei die Frage nach einer Verstärkung eines mittelbaren, sozialrechtlichen Bestandsschutzes im Fokus steht. Kapitel 7 greift damit die **fünfte Leitfrage** auf.

Kapitel 8 fasst schließlich die Ergebnisse zusammen und beantwortet in einer Schlussbetrachtung die Leitfragen der Arbeit.

Kapitel 2: Bestandsregulierung im Kontext von Gesetz und Verfassung

§ 4 Begriff und Facetten der Regulierung

Um die Instrumente der arbeitsmarktpolitischen Regulierung zu systematisieren und sie anschließend auf ihre Wirkung hin untersuchen zu können, ist anfangs zu klären, was unter Regulierung zu verstehen ist. In welcher Weise findet sie statt und welche Bedeutung hat sie für das Arbeitsverhältnis? Wie lässt sie sich definieren und welche Maßnahmen umfasst sie?

A. Regulierung im politischen Kontext

Alle rechtlichen Regulierungsinstrumente sind in den Kontext der Arbeitspolitik eingebettet. Sie gibt die Rahmenbedingungen der Arbeit vor steuert ihre Ausprägungen.

I. Arbeits- und Arbeitsmarktpolitik als übergeordneter Rahmen

Arbeitspolitik umfasst alle staatlichen Maßnahmen, die Arbeitsbedingungen und Beschäftigungsfragen betreffen. Sie

„fragt nach den Entwicklungsbedingungen, Gestaltungsprinzipien und Durchsetzungsformen der Regulierung von Arbeit unter Einbezug der unterschiedlichen Interessen der jeweiligen Akteurssysteme“³⁵

Arbeitspolitische Regelungen sorgen dabei für die notwendigen Vertragsformen und den dabei erforderlichen sozialen Schutz, und stellen durch Standardisierung von Austauschbedingungen und mithilfe diverser Regelungselemente überhaupt erst einen funktionierenden Arbeitsmarkt her.³⁶

³⁵ Naschold/ Dörr in Nohlen/ Schmidt, Lexikon der Politik, Band 3, S. 38.

³⁶ Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses – Hat das Arbeitsrecht noch Zukunft?, ZSR 1985, S. 415 (416).