

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-*

wältin *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 Humankapitalwertung	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 Landesarbeitsgerichte (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, Rechnungswesen und Controlling
Bearb.	Bearbeiter
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
Begr.	Begründer
BeitrAB	Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung/ 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 Selbständi- genvorsorgegesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BRG 1920	Betriebsrätegesetz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutsch- lands
CESifo DICE Report	Quarterly Journal for Institutional Compa- risons/ Ifo Institute
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskam- mertag
dms	Der moderne Staat – Zeitschrift für Pu- blic Policy, Recht und Management
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungs- dienst
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBf	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 kündigungsrechtlichen 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 Tarifrecht
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. Arbeitgeber<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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 Megatrends<sup>3</sup> 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 Erwerbspersonenpotenzial<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

---

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.