

Folgenabschätzung im Arbeitsrecht

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble und Abbo Junker

Band 8

Folgenabschätzung im Arbeitsrecht

Tagung am Bundesarbeitsgericht (27.9.2006)

ZAAR Verlag München 2007

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2007 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-9809380-9-9

Vorwort

Wie wirkt Recht? Welche konkreten Rechtsfolgen löst es bei den Normunterworfenen aus? Wie lassen sich Rechtsfolgen empirisch beschreiben? Diesen Fragen und den damit angesprochenen Wechselwirkungen von Recht und menschlichem Verhalten sucht die Rechtsethologie auf wissenschaftlicher Grundlage nachzugehen. Als idealer Untersuchungsgegenstand bietet sich das Arbeitsrecht an. Dort findet zwar eine rege politische Diskussion um ökonomische Folgen eines hohen Schutzstandards statt. Belastbares Wissen über die Realfolgen des Arbeitsrechts ist jedoch kaum vorhanden. Wenig beachtet wird auch die Besonderheit des Arbeitsrechts. Recht setzt dort nicht nur der Gesetzgeber, sondern in erheblichem Umfang auch die Tarifvertragsparteien und die Gerichte für Arbeitssachen. Das löst weitere Fragen danach aus, ob Tarifvertragsparteien und die Gerichte die Wirkungsfolgen des von ihnen geschaffenen Rechts feststellen und ihre Normsetzung daran ausrichten. Und wie können Gerichte überhaupt Folgenabschätzung betreiben und sind sie legitimiert, diese Folgen bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen?

Diesen Fragen ist eine Tagung nachgegangen, die beim Bundesarbeitsgericht unter Mitwirkung von Prof. *Rieble* und Prof. *Franzen* (Uni München) am 27. September 2006 in Erfurt stattgefunden hat. Dort haben die Einleitungsreferate von Prof. *Karpen*, Prof. *Däubler* und Prof. *Rieble* die Grundlagen und Methoden der Folgenabschätzung für Gesetzes- und Richterrecht im Allgemeinen und für das Arbeitsrecht im Besonderen umfassend dargestellt. Die sich anschließenden Referate von Prof. *Stoffels* und Prof. *Rost* haben sich intensiv mit Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts auseinandergesetzt. Mit Herrn *Goos* (BAVC) und Herrn *Berg* (ver.di) haben ausgewiesene Praktiker des Tarifgeschehens das Thema aus der Sicht von Tarifvertragsparteien beleuchtet.

Die Referate haben wertvolle Anregungen zur Folgenbetrachtung im Arbeitsrecht gegeben. Sie sollen in diesem Band veröffentlicht und damit einem breiteren Publikum zugänglich gemacht werden.

Den Referenten und den Teilnehmern, die zum Erfolg dieser Tagung beigetragen haben, sei nachdrücklich gedankt.

Erfurt, September 2006

Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

Inhaltsübersicht

Seite

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7
§ 1 Ulrich Karpen: Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – methodische Aspekte –	
A. Einleitung: Halcoms Version der Schöpfungsgeschichte	14
B. Allgemeines zur Folgenorientierung von Entscheidungen	15
I. Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – Folgenorientierung in Rechtsetzung und Rechtsprechung	15
II. Warum Folgenorientierung?	17
III. Kriterien folgenorientierter richtiger Entscheidungen	18
IV. Instrumente der Folgenorientierung	19
V. Organisation und Verfahren der Folgenorientierung der Entscheidung	19
C. Folgenorientierung in der Gesetzgebung	21
I. Die ältere Schwester der folgenorientierten Rechtsprechung	21
II. Gesetzgebungslehre tut not!	21
III. Maßstäbe für ein gutes Gesetz	22
IV. Instrumente der Folgenabschätzung	23
V. Organisation und Verfahren	24
D. Folgenorientierung der Gesetzesanwendung – Richterrecht	26
I. Folgen von Gerichtsentscheidungen	26
II. Warum folgenorientierte Rechtsprechung? – Ist sie zulässig?	26
III. Kriterien guter Rechtsprechung	28
IV. Instrumente richterlicher Folgenabschätzung	32
V. Organisation und Verfahren	33
E. Schlußbemerkung: Mit den amerikanischen Verfassungsvätern	35

§ 2 Wolfgang Däubler: Folgenabschätzung im Arbeitsrecht – zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken

A. Einleitung	38
B. Erzeugung von Richterrecht unter restriktiven Rahmenbedingungen	40
I. Beschränkter Tatsachenstoff	40
II. Begrenzung der „zulässigen“ Argumente	40
III. Keine gesicherte Möglichkeit zur Korrektur	41
IV. Besonderheiten des Fallrechts	41
C. Folgenorientierung als notwendiger Entscheidungsparameter	43
I. Unvermeidbare Freiräume	43
II. Folgenorientierung als relativ bestes Vorgehen	43
III. Überforderung der Gerichte?	44
IV. Lösungsansätze	44
V. Sozialwissenschaften und Ökonomie	45
D. Kriterien zur Folgenbewertung	46
I. Effizienz	46
II. Schutzprinzip	47
III. Mitbestimmung	48
IV. Entscheidungsfreiheit des einzelnen	49
E. Konsequenzen	51

§ 3 Volker Rieble: Folgenabschätzung im Arbeitsrecht

A. Folgenabschätzung als Gebot	54
I. Drei Beispiele	54
II. Steuerung und (Fehl-) Anreiz	55
III. Drei Stufen der Folgenabschätzung	56
B. Ökonomisierung des Arbeitsrechts?	59
C. Wirkungsdimensionen im Arbeitsrecht	61
I. Unmittelbare Normfolgen	61
II. Anreizwirkung und Bumerangeffekt	61
III. Schutzkonzept und Mitnahmeeffekte	64
IV. Gesamtwirtschaftliche und gesamtgesellschaftliche Folgen?	64
V. Schutzkosten und Komplexitätskosten	67
VI. Verteilungsfolgen	68

VII. Meta-Ebene: Regel-Akzeptanz und Regel-Transparenz	69
VIII. Nur am Rande: Pflichterfüllung durch Arbeitnehmer	71
D. Rechtspflicht zur Folgenberücksichtigung?	72
E. Fazit	75

§ 4 Markus Stoffels: Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts

A. Einleitung	78
B. Begriff und Verfahren der Folgenberücksichtigung	81
C. Rationalitätsgewinn durch Folgenberücksichtigung?	83
D. Kritische Bemerkungen zum Konzept der Folgenberücksichtigung in der richterlichen Entscheidungsfindung	84
I. Ausgangspunkt: Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)	84
II. Problem der Selektion der entscheidungsrelevanten Folgen	85
III. Problem der Folgenprognose	86
IV. Exkurs: Beschäftigungspolitische Auswirkungen des Kündigungsrechts	87
V. Problem der Bewertung der Entscheidungsfolgen	92
E. Ausnahmsweise Zulässigkeit der Folgenberücksichtigung	94
F. Verbesserte innere Systematik anstelle einer stärkeren Berücksichtigung außerrechtlicher Begründungszusammenhänge	97
G. Exkurs: Folgen der gerichtlichen Verfahrensgestaltung	98
H. Schlußbemerkungen	99

§ 5 Friedhelm Rost: Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts

A. Einleitung	102
B. Allgemeine Betrachtung zu Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts und Folgenabschätzungen	103
I. Richterliche Tätigkeit als Spruchfähigkeit und Vergleichsfähigkeit	103
II. Zum Begriff des „Kündigungsrechts“ in differenzierter Betrachtung	103
III. Kündigungsschutz als Individualschutz	105
IV. Binnenwirkungen und Außenwirkungen	105
V. Zur Funktion der Rechtsprechung	106
C. Möglichkeiten und Grenzen der Folgenabschätzung am Beispiel der Sozialwidrigkeitstatbestände	108
I. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung	108
II. Betriebsbedingte Kündigung	109
III. Funktion der Rechtsprechung und Wirkungsfolgen	111
D. Exkurs: Richterlicher Vergleich und Wirkungsfolgen	115
E. Ausblick	116

§ 6 Wolfgang Goos: Folgenabschätzung in der Tarifpolitik

A. Einführung	118
B. Vorstellung	119
C. Hauptthesen	120
D. Fokussierung besonderer Arbeitnehmergruppen	123
I. Frauen und ältere Arbeitnehmer	123
II. Jung und Alt	123
III. Aktuelle Diskussion um die Folgen der Antidiskriminierungsgesetzgebung	123
E. Zukunftsaufgaben und ihre Umsetzung	124
F. Zusammenfassung	125

§ 7 Peter Berg: Folgenabschätzung für Tarifverträge

A. Einleitung	128
B. Besonderheiten der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien	129
C. Was ergibt sich aus diesem Befund für den Stellenwert von Folgenabschätzung für Tarifverträge?	132
D. Instrumente der Folgenabschätzung in der Tarifpolitik	134
E. Das Tarifvertragsgesetz als „gutes Gesetz“ im Sinne der Gesetzgebungslehre	136
Abkürzungsverzeichnis	137
Sachregister	140

§ 1 Ulrich Karpen^{*}: Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – methodische Aspekte –

Rn.

A. Einleitung: Halcoms Version der Schöpfungsgeschichte	1
B. Allgemeines zur Folgenorientierung von Entscheidungen	5
I. Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – Folgenorientierung in Rechtsetzung und Rechtsprechung	5
II. Warum Folgenorientierung?	14
III. Kriterien folgenorientierter richtiger Entscheidungen	16
IV. Instrumente der Folgenorientierung	18
V. Organisation und Verfahren der Folgenorientierung der Entscheidung	20
C. Folgenorientierung in der Gesetzgebung	21
I. Die ältere Schwester der folgenorientierten Rechtsprechung	21
II. Gesetzgebungslehre tut not!	22
III. Maßstäbe für ein gutes Gesetz	25
IV. Instrumente der Folgenabschätzung	31
V. Organisation und Verfahren	36
D. Folgenorientierung der Gesetzesanwendung – Richterrecht	39
I. Folgen von Gerichtsentscheidungen	39
II. Warum folgenorientierte Rechtsprechung? – Ist sie zulässig?	40
III. Kriterien guter Rechtsprechung	43
1. Der klassische Kanon	43
2. Wie fließen Argumente der Folgenorientierung in die Auslegung ein?	46
3. Folgenorientierung bei der Rechtsfortbildung; Präjudizien	47
4. Notwendigkeit ausreichender Begründung	49
5. Besondere Auslegungsmethoden des Arbeitsrechts?	51
IV. Instrumente richterlicher Folgenabschätzung	53
V. Organisation und Verfahren	55
E. Schlußbemerkung: Mit den amerikanischen Verfassungsvätern	58

* Professor Dr. Ulrich Karpen, Universität Hamburg

A. Einleitung: Halcoms Version der Schöpfungsgeschichte

- 1** Wir reden von der Folgenorientierung von Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsakten, also Entscheidungen über Recht, Werte und Politik. Folgenabschätzung erfordert Folgenermittlung, -prognose und -bewertung. Letztlich geht es um Evaluation von Entscheidungsalternativen. Evaluieren wird man die Folgen von Gesetzen und Urteilen vorher – *ex ante* (prospektiv) und nachher – *ex post* (retrospektiv). Die vor und bei der Entscheidung prognostizierten Folgen zeigen sich in vollem Umfang erst nach ihrer Umsetzung.
- 2** Ein sehr frühes Beispiel einer Evaluation findet sich in der Bibel (AT, Genesis, Kap. 1). Am Anfang schuf Gott Himmel und Erde, Tag und Nacht. Abends rastete er und fand das, was er gemacht hatte, sei gut. Dann schuf er Wasser und Land, rastete und fand das Getane gut. Dann schuf er Tiere und Pflanzen, ein jedes nach seiner Art, rastete und fand das Geschaffene gut. Am sechsten Tag machte Gott den Menschen, nach seinem Bild, und fand das Produkt sehr gut. – So weit, so gut. Aber wir haben doch einige Fragen. Zunächst: Durfte Gott seine Arbeit selbst evaluieren? Dann: Teilen wir seine Evaluationsergebnisse? Z.B.: Ist der Mensch wirklich sehr gut geraten? Letztlich: Welches sind eigentlich die Kriterien und die Skala seiner Bewertung? Was ist sehr gut – gut – befriedigend?
- 3** Ich werde über die Folgenorientierung von Gesetzgebung und Rechtsprechung sprechen – aus der Sicht und mit Hilfe der Erkenntnisse der Gesetzgebungs- und Rechtsprechungslehre. Beide Funktionslehren müssen sich mit vergleichbaren Problemen herumschlagen: Überlastung, Detaillierung des Rechts, Unverständlichkeit von Normen und der unabwiesbaren Notwendigkeit von Wirkungsanalysen. Meine Ausführungen werde ich in drei Abschnitte gliedern:
 - Zunächst werde ich meine Begriffe erläutern und wenig Allgemeines zur Folgenorientierung von Entscheidungen sagen (B).
 - Sodann werde ich den Befund für die Gesetzgebungslehre erheben (C).
 - Und schließlich werde ich den möglichen Einsatz der Wirkungsanalyse bei Rechtsprechungsakten untersuchen (D).
- 4** Ich werde weitgehend darauf verzichten, meine methodischen Bemerkungen zur gerichtlichen Urteilsfindung am Arbeitsrecht zu exemplifizieren. Davon verstehen Sie mehr als ich – und davon handeln die folgenden Vorträge. Ich spreche vom Richterrecht im allgemeinen, und schon aus Zeitgründen kann ich überhaupt nur wenige Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsbeispiele aufnehmen. Das tue ich ungern, denn ich muß auf Farbigkeit verzichten.

B. Allgemeines zur Folgenorientierung von Entscheidungen

I. Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – Folgenorientierung in Rechtsetzung und Rechtsprechung¹

Folge ist die objektive Verknüpfung von mehreren Gliedern einer logischen Kette. **5**
 Folge ist die Fortentwicklung eines angestoßenen Ereignisses. Wirkung ist die durch eine Verursachung in Gang gesetzte Veränderung, Beeinflussung von Vorgängen, der Erfolg, das Ergebnis: Ursache → Wirkung. Wirkung ist das Endglied einer kausalen Kette.

Gesetzgebung/Rechtsetzung umfaßt den Erlass von Verfassungsnormen, (einfachen) **6**
 Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, (auch) Tarifverträgen. Rechtsanwendung geschieht durch die Exekutive – welche Staatsfunktion hier nicht behandelt wird – und die Rechtsprechungsorgane. Rechtsanwendung durch den Richter wird hier verstanden als Auslegung und Rechtsfortbildung. Auslegung ist im weitesten Sinne Rechtsgewinnung, Rechtsfindung, wenn der zu beurteilende Sachverhalt nicht bzw. nicht unmittelbar in einer vorgegebenen Norm geregelt ist. Rechtsfortbildung ist Rechtssatzergänzung und Lückenfüllung und wird gelegentlich in einem engeren Sinne als Richterrecht bezeichnet. Die zu betrachtenden folgenorientierten Entscheidungen des Gesetzgebers sind im soziologischen Sinne Instrumente der Programmsteuerung der Gesellschaft; die Entscheidungen der Exekutive und Judikative sind Instrumente der administrativen Maßnahmensteuerung und der judiziellen Urteilssteuerung.

Die Folgen von Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsakten lassen sich vielfältig **7**
 klassifizieren:

- Nach der Zwecksetzung und der Prioritätenwahl kann man Haupt-, Neben-, intendierte und (nicht-) intendierte Folgen unterscheiden.
- In zeitlicher Hinsicht gibt es kurz-, mittel- und langfristige Folgen.
- Nach dem sozialen Wirkungsfeld gibt es rechtliche, wirtschaftliche, soziale, ökologische usw. Folgen.
- Nach den Betroffenen, den Sozialfolgen, gegliedert, unterscheidet man individuelle und familiäre Folgen, Gruppen- und Volksfolgen und Folgen für zukünftige Generationen.
- Betroffen sind die Verwaltung, auch die Justizverwaltung, die Parteien, (Mit-) Betroffene, die Instanzgerichte, der Rechtsstab im übrigen (Rechtsanwälte etc.), die Fachwelt (etwa die Wissenschaft, Zeitschriften usw.).

¹ Wichtig die vier Bände „Wirkungsforschung zum Recht“, Baden-Baden (Nomos) 1999-2003: Bd. I, Hof/Lübbe-Wolff (Hg.), Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen (1999); Bd. II, Hill/Hof (Hg.), Verwaltung als Adressat und Akteur (2000); Bd. III, Hof/Schulte (Hg.), Folgen von Gerichtsentscheidungen (2001); Bd. IV, Karpen/Hof (Hg.), Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen (2003).

- Nach dem Umfang der Folgen kann man Einzelfallfolgen – nur ein Angeklagter ist betroffen – und generelle Folgen unterscheiden: Eine beliebige Vielzahl von Fällen und Fallkonstellationen ist betroffen.
 - Für die Gesetzgebung ist die Unterscheidung von Kostenfolgen und sonstigen Folgen wichtig.
 - Soweit es die richterliche Rechtsanwendung angeht, kann man Rechtsfolgen und Entscheidungsfolgen trennen. Rechtsfolgen sind der Tenor und die verfahrens- und kostenrechtlichen Folgen. Rechtsfolge der Erklärung der Nichtigkeit eines Tarifvertrages ist die (mögliche) Nichtigkeit eines Individualarbeitsvertrages. Entscheidungsfolgen (Realfolgen) sind die empirisch beschreibbaren weiteren Konsequenzen aus dem Ausspruch der Rechtsfolgen.
 - Nach der Entfernung zwischen Ursache und Folgenvermittlung zur Wirkung kann man unmittelbare und (über mehrere Zwischenglieder) mittelbare Folgen unterscheiden.
- 8** Folgenorientierung ist eine Form der Rechtsetzung und -anwendung, die die tatsächlichen Folgen der Entscheidung berücksichtigt und ggf. die Rechtsetzung, die Auslegung bzw. Rechtsfindung an diesen Folgen orientiert.² Folgenorientierung analysiert die gesellschaftlichen Auswirkungen von Rechtsnormen und deren Anwendung und berücksichtigt sie bei der Entscheidung und ihrer Begründung. Eine folgenorientierte Entscheidung durchläuft fünf Stufen:
1. Folgeauswahl (welche Folgen sollen berücksichtigt werden?): Das ist eine normative (sei es eine politische, sei es eine auslegerische) Entscheidung.
 2. Folgenermittlung: faktisch, empirisch.
 3. Folgenprognose/Folgenantizipation: faktisch, empirisch.
 4. Folgenabschätzung (abschätzen = prüfen, veranschlagen, taxieren, nach gewissen Gesichtspunkten beurteilen), Folgenbewertung: normativ.
 5. Rationale Wahl einer Alternative: normativ.
- 9** Folgenorientierung ist Bestandteil des gestreckten Gesetzgebungsverfahrens:
- Es beginnt mit einem Anstoß, einem Impuls aus Wissenschaft (etwa Gesetzgebungslehre), Justiz, Politik (Parteien), Gesellschaft o.ä.
 - Es folgt die Ausarbeitung des Entwurfs, in der Regel im Ressort.
 - Der Entwurf wird im Kabinett verabschiedet, u.U. nach Evaluierung im Nationalen Normenkontrollausschuß beim Bundeskanzler.
 - Der Entwurf wird im Parlament und seinen Ausschüssen beraten.
 - Nach der Verabschiedung geht er in den Bundesrat.

2 *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 1.

- Nach weiteren Verfahrensschritten wird das Gesetz verkündet und angewendet.

Die Evaluation erfolgt vorbereitend (*ex ante*) bei der Erarbeitung des Entwurfs, begleitend (*ad hoc*) bei der Entscheidungsbildung im Parlament und nachträglich (*ex post*) im Verlauf der Gesetzesanwendung durch den Rechtsstab. Mängel des Gesetzes oder die Entstehung neuer Tatsachen können zu einem neuen Impuls führen. **10**

Ähnliche Stufen durchläuft eine richterliche Entscheidung: **11**

- Der Fall liegt vor.
- Es folgt die Suche nach der Rechtsnorm.
- Der Spielraum des Entscheiders zwischen Gesetzesbindung, Auslegungsalternativen und Grenzen der Folgenorientierung wird vermessen.
- Die Folgen werden ermittelt.
- Es folgt die Folgenprognose.
- Die Folgen werden bewertet.
- Der Auswahlakt fällt in der Regel mit der Entscheidung in eins, welche Auslegungsalternative die günstigsten Folgen erwarten läßt.

Rechtsanwendung durch die Verwaltung folgt ähnlichen Arbeitsschritten. Rechtsanwendung mit Folgenorientierung betreibt auch die Wissenschaft. Sie ist für „richtige Auslegung“ und Rechtsfortbildung sogar besonders wichtig. Die Unterschiede der Tätigkeit des Wissenschaftlers zu den Tätigkeiten des Gesetzgebers und des Richters sind erheblich. Sie betreffen aber weniger den Inhalt der Folgenorientierung bzw. der Argumentation als vielmehr die Form und den Stil von Entscheidungen: Gesetz hier – Richterspruch dort – Aufsatz, Lehrbuch, Urteilskritik dort. Das ist für das folgende aber nicht so wichtig. **12**

Folgenorientierung ist eine Angelegenheit von Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre als der Funktionslehren³ des demokratischen Rechtsstaates. Sie umfassen Rechtstheorie und -praxis, sind in besonderem Maße praxisorientierte Wissenschaften. Sie arbeiten interdisziplinär, normativ und empirisch. **13**

II. Warum Folgenorientierung?

„Die Wissenschaft ist erst erwachsen, wenn sie die Verantwortung für ihre Folgen übernimmt“ (*Carl Friedrich von Weizsäcker*).⁴ Folgenberücksichtigung ermöglicht eine höhere Rationalität der Entscheidung. Gesetzgeber und Richter arbeiten bei der Rechtsetzung Hand in Hand. Der Richter arbeitet in soziologischer Sicht die gesetzliche Entscheidung „klein“. Parlament und Justiz bilden einen kybernetischen Zirkel. Entscheidung tut not: Prioritäten müssen gesetzt werden. Während der Gesetzgeber **14**

3 *Karpen*, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre. Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie (1989).

4 Nachweis bei *Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 89.

„sich drücken“ kann, muß der Richter entscheiden. Er ist – vor allem das Bundesverfassungsgericht – vielfach als „Ersatzgesetzgeber“ gefordert.⁵ Folgenorientierung wird von Ökonomie und (neuerdings) Ökologie gefordert. Die Gesetzgebung arbeitet „in der Flut der Gesetze“. Die Qualität vieler Gesetze ist mangelhaft. Man beobachtet eine schwindende Steuerungsfähigkeit des Rechts. Der Begründungssatz „Kosten: keine“ hat sich vielfach als Falschaussage erwiesen. Auch die Rechtsprechung berücksichtigt seit längerem Entscheidungsfolgen.

- 15** Während die klassische juristische Dogmatik die richterliche Entscheidung durch Verarbeitung vergangener Tatsachen mit Hilfe vorgegebener Regeln steuert, lenkt Folgenorientierung die Entscheidung durch die Erwartung der von der Entscheidung beeinflussten Wirkungen. Die Erwartung ist in den Gründen offenzulegen. Methodisch ist der syllogistische Schluß, der zu dem allein richtigen Ergebnis führt, nicht mehr hinreichend. Positivismus und Determinismus sind tot. Durchgesetzt hat sich seit *Jhering* und *Heck* eine Verbindung von Sozialwissenschaft und Jurisprudenz. Es herrscht eine praxisorientierte Methode, die gerade die „Erfahrung als Rechtsquelle“⁶ nutzt. Wie ein berühmter amerikanischer Richter sagt: „*The life of the law has not been logic: it has been experience*“.⁷

III. Kriterien folgenorientierter richtiger Entscheidungen

- 16** Die wichtigsten Kriterien richtigen Entscheidens sind Rechtsetzung und Rechtsprechung gemeinsam:
- Zielgenauigkeit (*efficacy*);
 - Effektivität (*effectiveness*);
 - Effizienz, Verhältnismäßigkeit (*efficiency*);
 - Transparenz, Klarheit der Entscheidung und der Gründe der Gesetzgebung, offene Urteilsbegründung.

Darüber hinaus gibt es für Gesetze und Urteile noch zusätzliche Qualitätskriterien, von denen zu sprechen sein wird.

- 17** Bei der Beurteilung der Entscheidungsgrundlage haben Gesetzgeber und Richter unterschiedliche Freiheitsgrade. Das gilt für den Gesetzgeber vor allem für die Folgenauswahl. Er gestaltet. Folgenermittlung und -antizipation sollte bei beiden Staatsfunktionen im Grundsatz identisch ablaufen. Was die Folgenbewertung angeht, ist der Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung frei. Die Rechtsprechung ist im Prinzip durch das Gesetz gebunden, hat aber – wie wir sehen werden – nach Art. 20 GG doch einen beträchtlichen Spielraum.

5 Karpen (Hg.), *Der Richter als Ersatzgesetzgeber* (2002).

6 So der Titel des Buches von *Lüderssen* (1972).

7 *Wendell Holmes*, in: *Argus Pining Publishing Co. Ltd. vs. Esselen's Estate* (1994) 21, S. 151 j.

IV. Instrumente der Folgenorientierung

Weder der Abgeordnete noch der Richter ist ein Allround-Fachmann für Politik, **18** Soziologie, Wirtschaftswissenschaften usw. Deshalb sind sie auf Sachverständige, Fachleute, Gutachten, Umfrageergebnisse usw. angewiesen. Untersuchungen sind angewiesen auf die empirischen Methoden der Sozialwissenschaften, der Technik usw. Soziologische Theorien, die mittels der Techniken der empirischen Sozialforschung geprüft sind und sich bewährt haben, sind der konkreten Alltagstheorie des Rechtsanwenders unstreitig vorzuziehen. Deshalb macht der Gesetzgeber mit Enquête-Kommissionen und Anhörungen von äußerem Sachverstand Gebrauch:

- Die „Biedenkopf-Kommission“ untersuchte die Folgen der Mitbestimmung im Unternehmen;
- Allgemeine Geschäftsbedingungen werden regelmäßig beobachtet;
- Vergleichbares gilt für Werte und Wertewandel;
- Computer können umfangreiche Zusammenhänge aufklären; man denke nur an die Steuer- oder Sozialgesetzgebung oder die Untersuchung von Verkehrsunfällen.

Für den Rechtsanwender verweisen schon bestimmte Begriffe in Rechtsnormen **19** direkt auf die soziale Wirklichkeit. Bekannte Beispiele zur Ermittlung von Standards sind:

- Der Begriff „Handelsbräuche“ (§ 346 HGB) führt unmittelbar zu den Erkenntnissen der empirischen Sozialforschung, etwa zu den Daten der Handelskammern usw.
- Im gewerblichen Rechtsschutz ist der Richter bei der Beurteilung der Täuschungsgefahr von Herkunftangaben oder der Alleinstellung einer bestimmten Marke auf das Urteil des Marktes angewiesen.
- Repräsentative Umfragen demoskopischer Institute klären, was ein „leitender Angestellter“ ist.

Niemals gibt es eine „sklavische Bindung“ an die Erkenntnisse der Praxis. Sie sind jedoch eine wesentliche Entscheidungshilfe.

V. Organisation und Verfahren der Folgenorientierung der Entscheidung

Hier schlagen die unterschiedlichen Organisations- und Verfahrensprinzipien von **20** Legislative und Judikative durch. Sie sind an Ort und Stelle zu untersuchen. So ist etwa offenkundig, daß das gesetzgeberische Verfahren, vom Impuls bis zur Gesetzesverkündung und -anwendung, mit prospektiver, begleitender und retrospektiver Gesetzesfolgenabschätzung für den Rechtsanwender nur beschränkt brauchbar ist. Gleiches gilt für Ermittlung und Bewertung der Folgen wohl nicht. Auch entscheidet der Gesetzgeber politisch, der Rechtsanwender nicht. Wirkungskontrolle

und Nachbesserungspflicht, der der Gesetzgeber von Verfassungs wegen unterliegt,⁸ sind auf den Rechtsanwender nicht anwendbar. Der Rechtsanwender muß über einen Fall aus der Rechtswirklichkeit entscheiden, den er weder beeinflussen noch sich aussuchen kann. Jedoch wird das Verfahren für beide Staatsgewalten im wesentlichen durch den gleichen Fünferschritt geprägt: Folgenfestlegung, -ermittlung, -prognose und -abschätzung sowie Alternativentscheidung.

8 BVerfG vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – BVerfGE 88, 203 f. = NJW 1993, 1751-1779.

C. Folgenorientierung in der Gesetzgebung

I. Die ältere Schwester der folgenorientierten Rechtsprechung

Die Kontrolle der Wirkungen – gerade der Kosten – von Gesetzen steht seit längerem im Mittelpunkt der Gesetzgebungslehre.⁹ Diese Funktionslehre ist die ältere Schwester der Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre. Ihre in der Kodifikationszeit und an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert zu großer Blüte gebrachte Tradition brach mit dem Sieg der Interessen- und Wertungsjurisprudenz ab und wurde eigentlich erst vom Schweizer *Peter Noll* 1973¹⁰ wiederbegründet. 21

II. Gesetzgebungslehre tut not!

Wir haben zu viele Gesetze, ertrinken in einer Normenflut. *Montesquieu* Maxime („Wenn es nicht nötig ist, ein Gesetz zu machen, ist es notwendig, kein Gesetz zu machen!“) findet keine Beachtung. Im Bund gelten 2.197 Gesetze und 46.777 Einzelschriften, 3.131 Rechtsverordnungen mit 39.197 Vorschriften, insgesamt also etwa 86.000 Einzelschriften. Hinzu kommt Landesrecht. Im Land Hamburg gelten zur Zeit 323 Gesetze und 681 Rechtsverordnungen; überschlägig sind das 6.000 gesetzliche und 7.500 Rechtsverordnungsvorschriften. In den Flächenstaaten ist auch kommunales Satzungsrecht zu beachten. Ferner gilt Europarecht, direkt oder in Umsetzungsgesetzen. Die Europäischen Gemeinschaften haben seit 1957 997 Richtlinien und 2.605 Verordnungen erlassen. Der europarechtliche Normenbestand, der „*acquis communautaire*“, beläuft sich auf mehr als 100.000 Seiten. In Anbetracht der Normenflut ist Rechtskenntnis eine Fiktion. 22

Zugleich nimmt die Qualität der Gesetze ab. *Otto von Bismarck* soll gesagt haben: „Wer weiß, wie Gesetze und Würste zustande kommen, kann nachts nicht mehr ruhig schlafen.“ Die Liste mangelhafter Gesetze ist lang. „Symbolische Gesetze“, „Schaufenstergesetze“: Sie befriedigen nur die angebliche Forderung des Publikums, meist der Medien, daß „etwas geschehe“, daß „hier der Gesetzgeber gefordert sei“. „Ex- und Hopp-Gesetze“ und „Wegwerfgesetze“ haben eine extrem kurze Halbwertszeit. Die Bundesregierung kündigte im August 2006 an, das im Juli 2006 verabschiedete, vom Bundespräsidenten noch nicht ausgefertigte Gleichbehandlungsgesetz müsse novelliert werden. „Gesetzespakete“ wie das Hartz-IV-Gesetz, *Schily*s „Sicherheitspakete I, II“ (nach dem 11. September 2001) und die Gesundheitsreform sind schlechthin unüberschaubar. Wer einmal anfängt *Rürup* zu lesen, kann sein ganzes Leben *Rürup* lesen. Wie schrieb der englische Journalist *Edmund Burke* 1790 in seinen „Reflexionen über die französische Revolution“? „*Bad laws are the worst sort of tyranny.*“ Die Kritik an unserer Steuergesetzgebung muß nicht wiederholt werden. Die an sich notwendige Gesetzeskenntnis der Bürger ist Fiktion. Wie sagte der *Baron Rothschild*? „Unkenntnis der Steuergesetze befreit nicht von der Pflicht Steuern zu zahlen, Kenntnis sehr wohl.“ 23

9 *Karpen*, Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, ZG 1 (1986), S. 5 ff.; *ders.*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert/Legistics – freshly evaluated (2006).

10 *Noll*, Gesetzgebungslehre (1973).

- 24** Im aktuellen Länderranking des *World Economic Forum* belegt Deutschland in Sachen Effizienz bei 104 untersuchten Ländern den Platz 104. Die unübersichtliche Vorschriftenproduktion begünstigt die Bürokratie und generiert Gerichtsverfahren. Dem Gesetzgeber ist nicht bewußt, daß er mit Melde-, Auskunfts-, Statistikpflichten kleine und mittlere Unternehmen mit 50 Mitarbeitern zwingt, einen halben Arbeitsplatz zusätzlich vorzuhalten: Hand- und Spanndienste neuer Art. Die Rationalitätskrise der Gesetzgebung führt zu einer Steuerungskrise des Rechts. Die Regierbarkeit des Landes steht auf dem Spiel. Notwendig ist eine Entschleunigung der Gesetzesproduktion und handwerkliche Verbesserung der Gesetzesredaktion sowie eine stärkere Berücksichtigung der Gesetzesfolgen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe leistet die Gesetzgebungslehre einen Beitrag.

III. Maßstäbe für ein gutes Gesetz

- 25** Die Kriterien guter Gesetzgebung lassen sich zum überwiegenden Teil aus dem Rechtsstaatsgebot herleiten, manche – wie das der Verständlichkeit und Transparenz – aus dem Demokratieprinzip. Der Bürger als Quelle des Rechts – vermittelt durch das Parlament – muß sein Recht verstehen können, denn er muß es befolgen.
- 26** Die drei wichtigsten Maßstäbe guter Gesetzgebung sind Zielerreichungsgrad, Effektivität und Effizienz. Ein Gesetz hat einen hohen Zielerreichungsgrad, wenn es dem Ziel, das der Gesetzgeber erreichen will, möglichst nahekommt. Die Gurtanlegepflicht soll Unfälle mit tödlichem Ausgang oder schweren Verletzungsfolgen möglichst verhindern. Nach allem, was wir wissen, hat der Gurt die Zahl solcher Unfallfolgen beträchtlich reduziert. Der Ist-Wert nähert sich dem Soll-Wert an.
- 27** Effektiv ist ein Gesetz, wenn es akzeptiert wird, von möglichst vielen Adressaten befolgt, vollzogen und beachtet wird. Die Gurtanlegepflicht ist plausibel und wird im allgemeinen befolgt. Fragen bleiben, etwa die, warum deutschsprachige Schweizer der Pflicht deutlich besser nachkommen als französischsprachige.
- 28** Effizienz ist Verhältnismäßigkeit. Effizient ist ein Gesetz, wenn bei seiner Durchsetzung das gegebene Gesetzesziel mit möglichst geringem Aufwand erreicht wird. Effizient ist es auch, wenn mit gegebenen Mitteln des Vollzuges das gesetzgeberische Ziel in möglichst großer Quantität, in möglichst vollkommenem Grad erreicht wird. Es bedeutet eine Effizienzsteigerung, wenn die Anschaffung und Anbringung sicherer Gurte billiger wird, oder wenn durch eine Verbesserung der Entkoppelungsautomatik der Fahrer sich bei einem Brand schneller befreien kann. Bei der Folgenabschätzung ist auch auf Nebeneffekte zu achten. Die Anschnallpflicht kann den (erwünschten) Nebeneffekt haben, daß ganz allgemein die Rücksichtnahme auf andere Verkehrsteilnehmer steigt, aber auch den (unerwünschten), daß Fahrer sich im Hochgefühl erhöhter Sicherheit zu riskantem Fahrverhalten verleiten lassen. Ganz allgemein läßt sich sagen, daß Regelungen in einem bestimmten Problemfeld positive oder auch negative Auswirkungen auf andere Politikbereiche haben können. Das zeigt sich bestenfalls in der Behördenabstimmung, die deshalb im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses unerlässlich ist.
- 29** Es ist klar, daß mit dem Effizienzkriterium das ubiquitäre und vielleicht vageste Verfassungsprinzip zur Evaluation herangezogen wird, von dem mancher sagt, mit ihm

könne jedes Ergebnis gerechtfertigt werden. Gleichwohl hält die ökonomische Analyse des Rechts Instrumente bereit, die zeigen, wie durch die Minderung von Reibungsverlusten aufgrund gesellschaftlich adäquaten Rechts eine Effizienzsteigerung des Gesetzes möglich ist. § 7 BHO schreibt die Beachtung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und die Durchführung von Kosten-Nutzen-Analysen vor. Es gibt eine verfassungsrechtliche „Pflicht zum guten Gesetz“.¹¹ Für die Verständlichkeit, die zu einem guten Gesetz gehört, ist der Adressatenkreis wichtig.

Es ist unmöglich, komplizierte Fachgesetze in einer für jedermann verständlichen Sprache zu schreiben, aber Allgemeinverständlichkeit bleibt der Orientierungspunkt. Natürlich ist „Gerechtigkeit“ ein Ziel jedes Gesetzes, im Rahmen der politischen Gestaltung der Lebensverhältnisse und im Spannungsverhältnis zwischen Naturrecht und juristischem Positivismus. In der Demokratie muß sich ein gerechtes Gesetz am Mehrheitswillen des Volkes orientieren. Das Kriterium Subsidiarität hat heute Verfassungsrang (Art. 23 GG).¹² Die Beachtung der Folgen des Gesetzes ist ein herausragendes Kriterium. Das Bundesverfassungsgericht sieht Tatsachenfeststellung, Prognose, Abwägung, Beobachtung der Gesetzesauswirkungen und – falls notwendig – eine Nachbesserung des Gesetzes als wichtige Pflichten des Gesetzgebers an. Die Kontrollpflicht hat das Gericht¹³ in seinem Urteil zum Schutz des ungeborenen Lebens durch Schwangerenberatung hervorgehoben. Daß das Gesetz seine Ziele möglichst genau formulieren sollte, vollständig zu sein hat und sich in das System der Rechtsordnung einfügen muß, versteht sich von selbst. Verstöße gegen systematische und sprachliche Gebote führen zu mangelhafter Verständlichkeit der Normen, und die Folge ist eine Einbuße an Effektivität.

IV. Instrumente der Folgenabschätzung

Die Instrumente der Folgenanalyse und -bewertung sind nach Volumen, Gegenstand und Adressatenkreis des Gesetzes verschieden. Eine erprobte Methode ist der Soll-Ist-Vergleich. Was will der Gesetzgeber? Wie kann das erreicht werden (*ex ante*)? Was wurde erreicht (*ex post*)? Wie muß das Gesetz verändert werden, um das Ziel treffsicherer zu erreichen? Wenn man die Wirkung eines Gesetzes über einen bestimmten Zeitraum im Auge behalten will, ist die wiederkehrende Befragung einer bestimmten Kohorte von Personen ertragreich, deren Verhalten, Schicksal usw. man in regelmäßigen Abständen aufnimmt. Eine sorgfältige Daten- und Faktenerhebung gehört heute zum Standard. Bei Erlaß des *US Fisheries Act* wurde ermittelt, welche Folgen die Reduzierung der Delphin-Fangquoten haben müßte: Reduzierung der Zahl der Fischerboote, Arbeitslosigkeit, Produktionseinbußen der Dosenindustrie, Umsatzverluste des Groß- und Einzelhandels, Rückgang der Steuereinnahmen usw.

Ein probates Mittel der Folgenbewertung sind der Expertenworkshop und das Planspiel. Sie können *ex ante* oder *ex post* eingesetzt werden. Man versammelt Personen, die das Gesetz umsetzen sollen (prospektiv) oder umsetzen (retrospektiv),

11 So der Titel von *Burgharts* Buch (1996).

12 BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 148 f. = NJW 2003, 41-58.

13 BVerfG vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – BVerfGE 88, 203, 309 = NJW 1993, 1751-1779.

und sonstige Sachverständige und überprüft den Entwurf bzw. das Gesetz anhand festgelegter Kriterien. Auf diese Weise wurde das Landes-Brand- und Katastrophenschutzgesetz von Rheinland-Pfalz vom 1.1.1982 evaluiert. Entsprechend einer „Lage“ mußten (Innen-) Minister, Regierungspräsidenten, Bürgermeister, Vertreter der Wasserschutzpolizei, der Feuerwehr, der Bundeswehr usw. mit dem Entwurf arbeiten. Hinzugezogen wurden sinnvollerweise die Pfadfinder, die in einem solchen Ausnahmefall einsatzfreudig, -fähig und findig sind.

- 33 Man kann eine solche Methode einen *in vitro*-Test nennen. Ambitiöser wie auch personell und finanziell aufwendiger ist der *in vivo*-Test, der Praxis-Test. Er eignet sich für die prospektive Evaluation von Novellen. Hier wird der Entwurf einigen oder allen Sachbearbeitern vorgelegt – so beim Entwurf eines neuen Jugendhilfegesetzes – oder einigen oder allen befaßten Richtern – so bei einer ZPO-Novelle oder bei den Vorschriften zum Täter-Opfer-Ausgleich. Sie werden aufgefordert, die alltäglichen Vorgänge sowohl nach geltendem wie nach Entwurfsrecht zu bearbeiten. In allen Fällen ergeben sich zahlreiche Änderungsvorschläge.
- 34 Ein mehr und mehr genutztes Instrument, die Folgen eines Gesetzes verbindlich und regelhaft zu überprüfen und damit verlässliche Anhaltspunkte für Gesetzesverbesserungen zu gewinnen, ist die Befristung des Gesetzes (*sunset legislation*). Danach tritt ein Gesetz – oder eine Vorschrift – zu einem bestimmten Zeitpunkt außer Kraft, wenn nicht der Gesetz- oder Verordnungsgeber die Verlängerung in derselben oder in ähnlicher Form beschließt. Hier wird die Beweislast umgekehrt. Nicht muß bewiesen werden, daß ein Gesetz veraltet, wirkungslos oder entbehrlich ist, daß die negativen Folgen die positiven überwiegen usw. Vielmehr ist zu beweisen, daß und wann es (und ggf. mit welchen Änderungen) verlängert werden muß. Das Gentechnikgesetz und die Vorschriften über die Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik (PID) sind so befristet. – Es sollte betont werden, daß heute jede Kosten- und Folgenabschätzung des europarechtlichen und internationalen Vergleichs bedarf.
- 35 Die Gesetzesfolgenabschätzung ist ein Kostenfaktor. Die Höhe der Kosten hängt natürlich von dem untersuchten Gesetz selbst, von der Beobachtungsreichweite (einzelner Vorschriften? des ganzen Gesetzes?) und der Eindringtiefe ab. Der Einsatz unterschiedlicher Instrumente verursacht beträchtlich differierende Kosten. Erhebungen und Schätzungen reichen von 2.000 € bis 100.000 €. Die Überprüfung komplexer Gesetze mag teuer sein: Das kann man nicht bei jedem Gesetzentwurf machen. Der *spill over*-Effekt ist jedoch enorm.

V. Organisation und Verfahren

- 36 Meist bedarf es zur Ingangsetzung einer detaillierten, über die Ressortroutine hinausgehenden Folgenbewertung eines Anstoßes. Dieser kann verschiedene Formen haben. Betroffene, seien es Berufsverbände, Kammern, gesellschaftliche Gruppen usw., können sich „beschweren“, daß der Entwurf in die falsche Richtung gehe, absehbar wichtige Nebenwirkungen außer acht lasse, wegen des bürokratischen Aufwandes „nicht funktionieren“ könne. Die Medien können diese Beschwerden und Änderungs-vorschläge aufgreifen und kampagnenartig verstärken. Das kann *ex ante* geschehen. *Ex post*, mit Novellierungsbegehren, können die ein Gesetz ausführen-

den Verwaltungsbehörden selbst feststellen, daß der Umsetzungsaufwand groß ist. Gerichte und Rechtsanwälte können beobachten, daß sich Klagen zu einem Gesetz oder zu bestimmten Vorschriften häufen. Das Bundesverfassungsgericht kann anrufen werden und das Gesetz für nichtig oder änderungsbedürftig erklären. Es kann den Gesetzgeber anhalten, das Gesetz zu kontrollieren. Damit ist der Regelkreis von Gesetzgebung, Gesetzesanwendung, Richterspruch und Novellierung geschlossen.

Gesetzgebung ist ein dynamischer Prozeß. Wenn der Impuls sich als wirksam erwiesen hat, wird der Gesetzentwurfsprozeß in der Regierung erneut eingeleitet. Neu ist die Einrichtung eines Nationalen Normenkontrollrates beim Bundeskanzler, der aufgrund des Koalitionsvertrages vom 11.11.2005 im Sommer 2006 eingerichtet worden ist. Er hat die Aufgabe, die Gesetzentwürfe der Bundesregierung auf ihre Übereinstimmung mit den dargestellten Kriterien zu überprüfen. Er kann der Bundesregierung Empfehlungen geben. Es wäre wünschenswert, daß das Parlament sich nicht auf die Kenntnisnahme der Evaluationen der Regierung beschränken müßte, sondern – mit Hilfe seines wissenschaftlichen Dienstes – eine eigene Folgen einschätzungskapazität aufbauen könnte, wie es bei der Technikfolgenabschätzung¹⁴ schon der Fall ist. Heutzutage ist wohl kein Gesetz perfekt. Wir sind weit davon entfernt, die Regel des Schweizer Gesetzesredaktors *Eugen Huber* zu beherzigen: pro Artikel höchstens drei Absätze – pro Absatz ein Satz – pro Satz ein Gedankengang!

Letztlich vermittelt die Gesetzgebungslehre Maßstäbe für eine Gesetzgebungskunst. Ein gelungenes, sprachlich einfaches, verständliches, schönes Gesetz ist ein handwerklich ausgezeichnetes Kunstwerk. In seiner Novelle „Das Gesetz“ erzählt *Thomas Mann* die Geschichte der Gesetzgebung am Berg Sinai. Im Schweiß seines Angesichts meißelt *Moses* die Zehn Gebote in zwei Steintafeln. Das Werk will mangels Übung nicht recht gelingen. Einige Buchstaben zersplittern und werden unkenntlich. Trotzdem trägt *Moses*, ermutigt durch *Joschua*, der ihn gelegentlich mit Fladenbrot und Wasser versorgt, die zwei Tafeln nach vierzig Tagen und Nächten zu Tale, um das Gesetz Gottes dem Volk Gottes zu überbringen. Er findet das ungeduldig gewordene Volk im wüsten Tanz um das goldene Kalb. Im gerechten Zorn zerschmettert er die Tafeln – in einem Winkel seines Herzens ist er aber auch froh, so die Gelegenheit zu haben, zwei neue Tafeln in gelungener Schrift anfertigen zu können. Die Erstaussfertigung der Zehn Gebote war danach kalligraphisch und schreibtechnisch mißlungen – ein Makel, der ihre Substanz nicht berührt, aber ihre Erscheinungsform beeinträchtigt und, wenn ganze Buchstaben ruiniert sind, zu empfindlichen Interpretationsproblemen führen kann. Schöne, kohärente, einfache, verständliche, gerechte, zweckmäßige und wirksame Gesetze entgehen dieser Gefahr. „Schön“ in diesem Sinne sind der *Code Napoléon* und das Preußische Allgemeine Landrecht – wenngleich letzteres „sehr dicke“ ist, wie *Friedrich der Große* sagte. Klar, kraftvoll und elegant war der Grundrechtsteil des Grundgesetzes in seiner ersten Fassung. Jetzt ist er z.T. verhunzt: Der Art. 12a GG (Wehrpflicht) läuft über eineinhalb Seiten, der Art. 16a GG (Asylrecht) umfaßt eine Seite.

D. Folgenorientierung der Gesetzesanwendung – Richterrecht

I. Folgen von Gerichtsentscheidungen

- 39** Überlegungen zur Folgenorientierung von Rechtsprechungsakten hat es gegeben, seit die teleologische Auslegung von Normen zum traditionellen Viererkanon der Methodenlehre gehört. Und im Rahmen einer interdisziplinären, rechts- und sozialwissenschaftlich arbeitenden Rechtsprechungslehre, die der Gesetzgebungslehre auf dem Fuße folgte, hat die Urteilsfolgenabschätzung einen festen Platz. Es sei nur daran erinnert, daß im ersten der beiden der „Rechtsprechungslehre“ gewidmeten (Symposions-) Sammelbände¹⁵ der Herausgeber *Norbert Achterberg* selbst im Einleitungsbeitrag von der Folgenreflexion, der Evaluation und der richterlichen Entscheidung als Sozialgestaltung sprach. Im zweiten Band „Rechtsprechungslehre“, der die Protokolle des Zweiten Internationalen Symposions wiedergibt,¹⁶ wird im Kopfbeitrag dargelegt, daß richterliche Urteile, namentlich Entscheidungen der Revisionsgerichte, es an Allgemeinheit mit dem Gesetz aufnehmen. Beide Funktionen – Gesetzgebung und Rechtsprechung – betrieben sowohl Rechtsetzung wie Rechtsanwendung und müßten deshalb die Folgen ihres Tuns berücksichtigen. Im kybernetischen Regelkreis haben Gesetzgebung und Rechtsprechung große Ähnlichkeiten. Erstere ist ein Mittel der Grobsteuerung, letztere der Feinsteuerung. Die Rechtsprechung „arbeitet die gesetzgeberische Erstreckung klein“. Das ist besonders wichtig bei modernen Gesetzen (etwa Umweltgesetzen), die vage Zielbestimmungen enthalten (wie „saubere Umwelt“). Die Rechtsprechung konkretisiert hier das Ziel des Gesetzes durch Konsens und Kooperation (Vergleich), statt durch Gebot und Verbot. Höchstrichterliche Entscheidungen haben hier vielfach dieselbe „propagandistische Wirkung“ wie Gesetze.

II. Warum folgenorientierte Rechtsprechung? – Ist sie zulässig?

- 40** Gerade bei höchstrichterlichen Urteilen wird deutlich, warum der Richter die Folgen im Auge haben und gut abschätzen muß. Seine Entscheidung entlastet die Politik, steigert die Effizienz des Gesetzes und mag Innovationen hervorbringen, vor allem bei Änderungen der tatsächlichen – etwa gesellschaftlichen – Verhältnisse. Ursache für die notwendige Folgenorientierung mögen Lücken und Mängel in der Gesetzgebung sein, aber auch die bewußte „Flucht in die Generalklausel“, die den Richter zur Konkretisierung einlädt. Die Zunahme final- und zweckprogrammierender Gesetze tut ein übriges. Auch gab es eine Zeit, die ein verändertes Richterbild entwarf: „Der Richter als Sozialingenieur“, Planungseuphorie, Steuerungsoptimismus. Diese Jahrzehnte der Soziologisierung und Ökonomisierung der Jurisprudenz (*Luhmann*) brachten eine veränderte Sicht der Rechtsanwendung: vom Subsumtionsideal zur folgenorientierten Argumentation.¹⁷ Spuren sind geblieben.

¹⁵ Achterberg (Hg.), *Rechtsprechungslehre*. Internationales Symposium, Münster 1984 (1986), S. 18.

¹⁶ *Karpn*, *Gesetzgebungslehre und Rechtsprechungslehre*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte (Hg.), *Rechtsprechungslehre*, Zweites Internationales Symposium, Münster 1988 (1992), S. 51 f.

¹⁷ *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert* (1986).

Es gibt viele Vorschriften, die Folgenorientierung anordnen und viele Beispiele, die sie ausüben. § 46 I 2 StGB sagt: „... die Wirkungen, die von der Strafe für das zukünftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind ... zu berücksichtigen“. Die Bemessung des Schadensersatzes im Einzelfall muß auf die Folgen achten. Die Auslegung des neuen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes wird Probleme aufwerfen. Es scheint, als habe es der Gesetzgeber hier an gründlicher Folgenanalyse fehlen lassen.¹⁸ Verwiesen werden soll auch auf die bekannte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Rückzahlung von Gratifikationen (§ 611 BGB) sowie die wiederholt erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des ungeborenen Lebens durch das Beratungskonzept. In all diesen Fällen wird der Richter auf die Folgen verwiesen oder bewertet sie bei Auslegung einer Anwendung des Gesetzes. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß Folgenorientierung der Rechtsprechung aus vier Gründen notwendig und hilfreich ist. Der Richter steht den zu regelnden Verhältnissen näher als der Gesetzgeber. Die Beachtung der Folgen ist ein wichtiges Erkenntnis- und Kontrollmittel. Folgenabschätzung ist aber nicht nur ein Kontrollmittel, sondern eine konstitutive Funktion der Rechtsprechung, die letztlich die objektiv-teleologische Auslegung wesentlich bestimmt.

Folgenorientierte Entscheidung ist also sowohl für den Gesetzgeber wie für den Richter notwendig und geboten. Anders als im Falle des Gesetzgebers ist die Zulässigkeit folgenorientierter Rechtsprechung aber seit jeher umstritten.¹⁹ Es gibt im wesentlichen vier Einwände gegen die Legitimität folgenorientierter Rechtsanwendung. Der Rechtsprechung mangle es an finaler Funktionalität. Der Richter führe nur Wenn-Dann-Konditionalprogramme durch. Zweckorientierung sei Rechtspolitik. Zu dieser habe der Richter nach der Gewaltenteilung kein Recht. Er sei an Gesetz und Recht gebunden. Das Modell sei auch nicht praktikabel. In komplexen Entscheidungssituationen habe der Richter kein verlässliches Prognosewissen. Letztlich gefährde ein „politisierender Richter“ die Rechtssicherheit. Mehrheitlich wird aber wohl eine folgenorientierte Rechtsprechung für legitim gehalten. Ausgehend vom Gesetzesbindungspostulat als Bindung des Richters an das vom Gesetzgeber Gesagte und Gewollte kann der Richter aus wichtigem Grunde von den Zielen und Werturteilen der Norm abweichen: Art. 20 III GG erkennt die „gesetzesfreie Rechtsfindung“ an, was bei der Schließung von Lücken unzweifelhaft ist. In den Auslegungskanon fließen teleologische und Folgenargumente ein. Es gibt einen Rechtsanwendungsspielraum. Die Gesetzesbindung hat Grenzen. Die richterliche Tätigkeit kann an diesen Grenzen nicht haltmachen, sondern muß auch jenseits der Gesetzesbindung zu rationaler Entscheidungsfindung angeleitet werden. Das ist Rechtsfortbildung. Das folgenorientierte Ergebnis muß argumentativ begründet werden. Das ist ein Gebot der Methodenehrlichkeit und stützt die „Legitimation durch Verfahren“. So sieht es auch das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil zu § 102 I BetrVG (Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen): „Eine Rechtsfortbildung ist auch dann zulässig, wenn eine Vorschrift deshalb unanwendbar ist, weil sie Folgen herbeiführt, die vom Ge-

18 *Adomeit*, Auf Biegen oder Brechen, FAZ vom 3.7.2006; *Budras*, Die Stolpersteine der Gleichbehandlung. Unternehmen sollten ihre Arbeitsabläufe und Strukturen genau überprüfen, FAZ vom 4.7.2006.

19 *Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 56 f. und passim.

setzgeber nicht erkannt oder nicht bedacht worden sind und sonst vernünftigerweise nicht in dieser Weise geordnet sein würden.“²⁰ In diesem Sinne „richtiges Recht“ trägt zur Rechtssicherheit bei.

III. Kriterien guter Rechtsprechung

1. Der klassische Kanon

- 43** Es kann weitgehend auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für gute Gesetzgebung entwickelt wurden. Zu den Maßstäben Zielgenauigkeit, Effektivität und Effizienz tritt nach richtiger Meinung das Gebot offener Argumentation und Begründung hinzu. Weitere Kriterien der Richtigkeitsgewähr sind zu beachten.
- 44** Eine richterliche Entscheidung kann nur „gut“ sein, wenn sie die klassischen (*Savigny'schen*) *Canones* der Auslegung beachtet: grammatische, logische, historische und systematische Methode. Hinzu tritt die teleologische Auslegung. Zielgenau ist die Entscheidung dann, wenn sie die „Politik“ des Gesetzgebers, soweit klar erkenntlich, möglichst weitgehend verwirklicht. Wenn der Wille nicht klar erkenntlich ist, ist der mutmaßliche Wille zu erfüllen. Nur wenn die Gesetzesbindung, die absolute Priorität hat, mangels genauer Vorgaben nicht möglich ist, darf der Richter – an das Recht gebunden – frei handeln. Ein weiteres wichtiges Kriterium guter Rechtsprechung ist die Effektivität des Urteils. Es muß Akzeptanz finden. Wie wichtig bei der Folgenorientierung der Blick auf die Akzeptanz ist, hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, u.a. in seiner Entscheidung zur Rechtschreibreform.²¹ In der eine Verfassungsbeschwerde abweisenden Entscheidung heißt es: „... und daß nach der nicht zu beanstandenden Prognose der Kultusverwaltung die Rechtschreibreform die für eine Sprachregelung notwendige allgemeine Akzeptanz finden werde“. Kritik ist aber angebracht. Was immer das Gericht für Kenntnisse hatte: An prognostischer Kapazität hat es offenbar gehapert. Aber wegen der fortgesetzten Beratungsresistenz und Unbelehrbarkeit der Minister ist es ganz ausgeschlossen, daß diese Schreibung, so wie sie ist, sich durchsetzen wird.²² Das Kriterium der Akzeptanz hängt natürlich auch vom Adressatenkreis ab. Der Adressatenkreis des Gesetzgebers ist weiter als der des Richters. Das Gesetz richtet sich an die Parteien des Urteils als Teil des gesellschaftlichen Umfelds, auch an die potentiell Betroffenen, die Bürger in der Allgemeinheit, die Exekutive, die Justiz. Der Adressatenkreis des Urteils ist auf den ersten Blick enger. Es sind die Parteien; im Strafprozeß der Angeklagte, die Rechtsmittelinstanz, andere Gerichte, die Verwaltung, die Justizverwaltung (Vollzug). Je mehr ein Urteil folgenorientierte Elemente der Steuerung durch Recht enthält, um so größer wird der Adressatenkreis: das Fachpublikum (einschließlich der Wissenschaft), das Parlament, die Allgemeinheit, so daß – gerade bei höchstrichterlichen Erstentscheidungen – die Adressatenkreise von Gesetzgebung und Rechtsprechung so unterschiedlich wieder nicht sind. Das Effizienzkriterium als Verhältnismäßigkeitsprinzip unterscheidet sich für den

20 BAG vom 29.3.1984 – 2 AZR 429/83 (A) – DB 1984, 1990, 1991 = NZA 1984, 169.

21 BVerfG vom 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218, 264 = NJW 1998, 2515-2523.

22 Meier, Erster August, FAZ vom 21.7.2006.

Richter nicht von den Erwägungen, die für eine effiziente Gesetzgebung angestellt werden.

Über die genannten Kriterien guter Rechtsprechung hinaus sind bei der Folgenorientierung weitere Maßstäbe zu beachten, die für jeden Richterspruch gelten. Jedes Urteil muß nach material gerechter Fallentscheidung streben.²³ Der frühere Präsident des Bundesgerichtshofs, *Bruno Heusinger*, sagte: „Ich möchte meinen, Rechtsprechung ist nicht so sehr ein logisches Glasperlenspiel, als vielmehr ein finales Handeln, ausgerichtet auf ein vernünftiges Ergebnis, wie es der Gerechtigkeit entspricht.“²⁴ Es gibt viele Prinzipien, z.T. rechtsbereichsangepaßt, die das Ziel „Gerechtigkeit“ halbwegs operationalisieren, wie Billigkeit, Natur der Sache, Fürsorgepflicht (Arbeitsrecht), Vorsorgeprinzip (Sozialrecht), Kooperationsprinzip, Verhinderung von Rechtsmißbrauch, Verantwortung für die Zukunft (Umweltrecht), Fairneß, Toleranz, Gleichheit usw. Der Richter hat sich dabei, soweit wie möglich, an den in der Gesellschaft herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen zu orientieren. Der frühere Bundeskanzler *Helmut Schmidt* hob in einem Vortrag vor der Katholischen Akademie Hamburg hervor, daß sich das staatliche Recht in unserer Gesellschaft an dem in dieser Gesellschaft vorhandenen „Ethos“ orientieren müsse, weil es sonst seine demokratische Legitimation verliere.²⁵ Erst wenn alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind, zu einem methodisch gesicherten Ergebnis zu gelangen, darf der Richter eine Entscheidung fällen, die er nur vor sich selber zu verantworten vermag. Dann sollte er aber die getroffene Wertung auch als solche geltend machen.

2. Wie fließen Argumente der Folgenorientierung in die Auslegung ein?

Ausgangspunkt aller Überlegungen, welche prognostizierten und bewerteten Folgen wie in das Urteil einfließen können, ist die Gesetzesbindung des Richters. Er muß dem erkannten und erkennbaren Willen des Gesetzgebers möglichst effektiv Geltung verschaffen, den Willen fortentwickeln und dabei stets unterstellen, daß der Gesetzgeber vernünftig legiferieren wollte. Die grammatische Auslegung bringt für die Folgenorientierung praktisch nichts; allenfalls ist sie eine Schranke, die nicht überstiegen werden darf. Das gleiche gilt für das logische System. Die historische Auslegung hat den tatsächlichen und mutmaßlichen (subjektiven) Willen des Gesetzgebers und seine in das Gesetz eingeflossenen Werturteile zur Zeit der Gesetzgebung aufzudecken. Eine unklare Zielkonzeption oder gar Zielkonflikte machen es dem Interpreten oft nicht leicht. Bei der historischen Auslegung ist der Richter aber an das politische, soziale und kulturelle Umfeld der Entstehungszeit des Gesetzes gebunden. So bleibt als eigentlicher Ansatzpunkt von Folgenargumenten die teleologische Auslegung. Bei diesem Schritt geht es – anders als bei historischen Argumenten – um die objektive Teleologie; die folgenorientierten Werturteile zur Zeit der Entscheidung des Richters sind heranzuziehen. Die teleologische Auslegung ist die Einbruchsstelle für alle Folgenerwägungen und -gewichtungen, auch für rationale

23 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 320.

24 *Heusinger*, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung (1975), S. 5.

25 Nachweise bei *Pawlowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre (1986), S. 79.

Argumente jeder Art im Sinne von Essers „Grundsätzen und Normen“.²⁶ Einige Schriftsteller²⁷ gehen – wie sie meinen – einen Schritt weiter und wollen Folgenerwägungen offen in das Urteil einfließen lassen: wirtschaftliche Argumente und Konstruktionen (Ein-Mann-Gesellschaft, Strohmann-Gründungen, Unterkapitalisierung usw.), die „Politik“ des Gesetzes, Güter- und Interessenabwägungen, direkte Folgenabschätzung. Richtigerweise handelt es sich dabei aber um bereits berücksichtigte Topoi im Rahmen teleologischer Methode. Die Teleologie nutzt alle Auslegungsspielräume, sowohl auf der Tatbestandsseite wie – vor allem – auf der Rechtsfolgenseite, um Folgenargumente einzubringen. Unbestimmte Rechtsbegriffe (mit Beurteilungsspielraum), Generalklauseln, Prognosespielräume eignen sich für diese Operation im besonderen.

3. Folgenorientierung bei der Rechtsfortbildung; Präjudizien

- 47 Wenn die Gesetzesauslegung nicht zu einem akzeptablen Ergebnis führt, insbesondere zu Folgen, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann, muß der Richter das Recht fortbilden. Der Richterspruch kann lückenfüllend und/oder gesetzeskonkretisierend sein. „Er [der Richter] hat eine Regel zu finden, nicht nur einen Einzelfall zu entscheiden. Seine Leitsterne sind dabei die Gerechtigkeit und Billigkeit, die Natur der Sache, die Abwägung der Interessen der Beteiligten, das öffentliche Wohl, die Rechtssicherheit, die Sicherheit des Verkehrs und des Kredits und vor allem auch der übrige Inhalt der Rechtsordnung, zu dem die neue Norm nicht in Widerspruch treten darf.“²⁸
- 48 Gerade die genannten Sicherheitsaspekte sind durch Folgenargumente anzureichern. Die Rechts- und Güteabwägungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind gute Beispiele für eine folgenorientierte Form der Rechtsfortbildung, weil sie dazu dienen, Normenkollisionen und unerwünschte Folgen zu vermeiden. Das gilt für das „Apotheken-Urteil“²⁹ (Güterabwägung zwischen Berufswahl und Berufsausübung), das „Lüth-Urteil“³⁰ (Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit) und den „Mephisto-Beschluß“³¹ (Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit). Im Blick auf Lücken und inakzeptable Folgen sind auch neue Rechte „gefunden“ worden: *culpa in contrahendo* (c.i.c.), allgemeines Persönlichkeitsrecht, Anspruch auf Geldentschädigung bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts usw. Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz sind folgenorientiert. Sie dienen der Befestigung der Kontinuität der Rechtsprechung. Rechtsfortbildung erfolgt auch mit Rücksicht auf rechtsethische Prinzipien, auf deren Einhaltung sich die Bürger verlassen. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung *extra legem*, aber *intra ius* sind folgenorientiert mit Blick auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, etwa die Sicherungsübereignung oder die Anwartschaft. Im Wege der folgenorientierten Rechtsfortbildung entwickelte Normen können ihre Wirkung aber überhaupt und nur insoweit entfalten, wie sie von den zu

26 Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. (1964).

27 Nachweise bei Deckert, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 129 ff.

28 Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl. (1986), S. 39.

29 BVerfG vom 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377 = JZ 1958, 641.

30 BVerfG vom 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198 = JZ 1958, 208.

31 BVerfG vom 24.2.1971 – 1 BvR 435/68 – BVerfGE 30, 173 = JZ 1971, 544.

ihrer Anwendung Berufenen verstanden und akzeptiert werden, also effektiv sind. Präjudizien tragen dazu in hohem Maße bei. Sie spielen bei der Auslegung eine große Rolle, da sie Kontinuität verbürgen und also Rechtssicherheitsfolgen haben: Man denke nur an die verfassungsgerichtlichen und höchstrichterlichen Präjudizien zur Verhältnismäßigkeit, zum Wesensgehalt der Grundrechte oder zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Diese stabilisierende Wirkung entfaltet die im Präjudiz ausgesprochene Gesetzesauslegung, die Normkonkretisierung, die Rechtsfortbildung. „Verbindlich“ im Sinne der „Präjudizienbindung“ ist dabei nicht das Präjudiz, sondern die darin ausgesprochene Maxime.

4. Notwendigkeit ausreichender Begründung

Es liegt auf der Hand, daß diese recht komplizierten Auslegungsschritte und eine von 49
Folgenprognose und -bewertung des Richters bestimmte Entscheidung nur bei ausreichender und überzeugender Begründung Gefolgschaft finden kann.

Die Darstellung der „Entscheidung“ muß die Gründe darlegen, die für ihr Zustandekommen tragend waren. Rechtswissenschaft und richterliches Handeln bedürfen dazu der Rhetorik und Argumentationslehre.³² Sie bieten dem Rechtsanwender Diskurs- und Argumentationsregeln, deren systematische Berücksichtigung die juristische Entscheidung vernünftig bzw. richtig begründen soll. Der Richterspruch wird als vom Gesetz nicht vollständig festgelegte, gleichwohl rational begründete Entscheidung betrachtet. Die Begründung ist besonders wichtig bei folgenorientierten Entscheidungen, denn über Prognose und Bewertung kann man durchaus unterschiedlicher Meinung sein. Vielfach geht es in der Folgenorientierung um empirische Befunde und Argumente. Folgenorientierung bewertet zukünftige Handlungen, Ereignisse, Zustände, vergleicht mit anderen Gesellschaften, verwertet nach eigener Auswahl Präjudizien, berücksichtigt allgemein praktische Argumente. All das muß ausführlich verteidigt und dargelegt werden. Kurze Begründungen, die Argumentationsfaulheit verdecken, sind überhaupt und besonders bei folgenorientierten Entscheidungen unzureichend und unzulässig. 50

5. Besondere Auslegungsmethoden des Arbeitsrechts?

Zu etwaigen Besonderheiten der Auslegung und Rechtsfortbildung arbeitsrechtlicher 51
Normen sind hier im Blick auf die folgenden Referate nur wenige Anmerkungen angezeigt. Gibt es besondere Methodenlehren für die einzelnen Rechtsgebiete? Sollten sie entwickelt werden? Diese Forderung wird nirgends erhoben. Es kann allenfalls um das Weglassen oder die besondere Akzentuierung einzelner Methoden des üblichen Kanons gehen. Das Rahmenmodell des Zivilrechts dürfte wohl auf alle bürgerlich-, handels-, gesellschaftsrechtlichen usw. Fälle angewandt werden können. Für das Strafrecht gilt das Analogieverbot. Für das Steuer- und Wirtschaftsrecht wird besonders auf die teleologische Interpretation zurückgegriffen werden müssen. Das Verfassungsrecht zeichnet sich – nach Gegenstand und Maßstab – durch die Nähe zum Politischen aus. Es wird topisch, „politisch“, elastisch ausgelegt. Das Problem des „Richters als Ersatzgesetzgeber“ taucht bei verfassungsgerichtlichen Streitig-

32 Pawlowski (Fn. 24), S. 71; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. (1991).

keiten häufig, die Figuren der „*political question doctrine*“ und des „*judicial restraint*“ nur dort auf. Das Europarecht ist stark folgenorientiert wie das Ziel „*effet utile*“ zeigt.

- 52** Für das Arbeits- und Sozialrecht wird gelegentlich eine „soziale Rechtsanwendung“ gefordert. Das sollte aber nicht als rechtswissenschaftlich indiskutable Aufforderung zur Rechtsverdrehung³³ verstanden werden, sondern allenfalls als Appell zur sorgfältigen Beachtung sozialer Schutzzwecke. Das ist aber nichts anderes als die Betonung der Teleologie. Als besonderes Methodenproblem tritt die Frage auf, ob es zulässig ist, sozusagen „allgemeine Rechtsgrundsätze“ aus dem Vergleich verschiedener Kollektivverträge zu gewinnen und bei Auslegung und Rechtsfortbildung zum jeweils zu beurteilenden Kollektivvertrag zu verwerten. Das ist wohl wegen der Verschiedenheit der jeweiligen Normsetzer problematisch. Allenfalls kann man das Problem mit dem Instrumentarium der Rechtsvergleichung lösen. Fragwürdig ist auch der Vorschlag, im Arbeits- und Wirtschaftsrecht die „Politik des Gesetzes“ durchzusetzen.³⁴ Der Gehalt der Vorschläge beruht wohl meist auf dem Ratschlag, an die Stelle einer verschleierte Absage an das BGB, die für die Klarheit der Methodik in der Tat schädlich ist, eine offene zu setzen. Es wird aber nicht deutlich gemacht, welche Rechtsregeln an die Stelle der abgewiesenen bürgerlich-rechtlichen treten sollen und wie diese methodisch zu behandeln sein sollen. Es bleibt dabei: Etwaige Besonderheiten des arbeitsrechtlichen Falles müssen in teleologischer Auslegung erfaßt werden. Im Hinblick auf die Aufgabe des Richters sind Entscheidungen höchster Gerichte,³⁵ in denen ein konkretisierungsbedürftiger Maßstab nicht nur für den zu entscheidenden Fall, sondern für alle Fälle dieser Art mit der Bemerkung konkretisiert wird, das Gericht werde in allen zukünftigen Fällen in gleicher Weise verfahren, verfehlt. Das überschreitet die richterliche Kompetenz. Präjudizien sind Einzelfallentscheidungen. Sie überzeugen kraft der Güte ihrer Argumente, haben aber keine normative Wirkung als solche. Die Aufstellung fester Regeln ist Sache des Gesetzgebers. So bleibt es auch für den Arbeitsrichter dabei, daß erwünschte Folgen herbeizuführen oder unerwünschte zu verhindern, Sache der folgenorientierten Teleologie ist.

IV. Instrumente richterlicher Folgenabschätzung

- 53** Die Instrumente der Feststellung, Prognose und Bewertung von Folgen durch den Richter unterscheiden sich prinzipiell nicht von denen des Gesetzgebers. Allerdings verfügen der Gesetzgeber und auch das Bundesverfassungsgericht über ganz andere Mittel als ein einfaches Gericht. Zudem arbeitet der Richter unter Zeitnot und bei

33 Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), S. 597.

34 Dazu Steindorf, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, FS für Larenz (1973), S. 217 f.; Gamilscheg, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976), S. 197 ff.

35 BAG vom 24.7.1991 – 5 AZR 430/90 – AP Nr. 15 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe = NZA 1992, 516; BAG vom 6.9.1995 – 5 AZR 174/94 – AP Nr. 22 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe = NZA 1996, 437; BAG vom 6.9.1995 – 5 AZR 241/94 – AP Nr. 23 zu § 611a BGB Ausbildungsbeihilfe = NZA 1996, 314; ähnlich BSG vom 27.10.1964 – 4 RJ 383/61 – BSGE 22, 44 = NJW 1965, 990; BSG vom 11.12.1969 – GS 4/69 – BSGE 30, 167 = BB 1970, 535.

unzureichenden Möglichkeiten der Beratung. Davon abgesehen ergeben sich aber im Vergleich mit der gesetzgeberischen Orientierung an den Folgen einige Unterschiede. Im Unterschied zum Gesetzgeber muß der Richter alle Folgen seiner Entscheidung bedenken. Der Gesetzgeber kann zum Zwecke der Verfolgung politischer Ziele, der Zuspitzung des Regelzieles, gewisse Folgen geringer bewerten oder ganz außer acht lassen. Er kann also eine deutliche Folgenauswahl treffen. Für den Richter ist diese nur insofern begrenzt, als sich schlechthin nicht alle Folgen erfassen lassen. Bei der Folgenermittlung ist der Richter auf die sozialen Gegebenheiten verwiesen. Er ist kein Allround-Fachmann, muß sich auf Fachleute und Sachverständige verlassen. Er wird Bibliotheken konsultieren. Er wird Industrie- und Handelskammern, Arbeitgeber und Gewerkschaften befragen, sich über statistische Daten und Umfragen orientieren.

Folgenermittlung und -prognose gehen ineinander über. Der Prognosespielraum des Gesetzgebers ist zu beachten, aber überprüfbar (vor allem durch das Bundesverfassungsgericht). Es benutzt typischerweise rationale Prognoseansätze und geht empirisch vor. Im übrigen gilt, daß auch für die richterliche Prognose die Ergebnisse von Modellverfahren, Trend- und Testverfahren, Umfragen etc. bewertbar sind. Sie sind allenfalls intuitiven und irrationalen Prognosen vorzuziehen. Auch für die Folgenbewertung gelten primär die Wertungsvorgaben des Gesetzgebers. Abweichende Bewertungen des Richters sind häufig durch die Veränderungen der Verhältnisse in der Zeit begründet und zulässig. **54**

V. Organisation und Verfahren

Die organisatorischen Möglichkeiten – funktionsstarke Ministerien, Nationaler Normenkontrollrat, Parlament, Ausschüsse – und die Verfahrensschritte der Gesetzgebung sind für die folgenorientierte Entscheidung des Richters nicht geeignet. Die Grundsätze der Entscheidungstheorie sind allerdings anwendbar. So wird man das Vorgehen des Richters mit sieben Schritten beschreiben können:³⁶ **55**

1. Folgenermittlung als Selektion relevanter Folgen;
2. Bestimmung der Zielstruktur des Problembereichs;
3. Operationalisierung der Zielstruktur (Rangordnung, Bewertungsskala);
4. Wahrscheinlichkeitsschätzung für die Erwartung der relevanten Folgen;
5. Bewertung der Folgenresultate einer möglichen Entscheidung;
6. Bewertung der prognostizierten Folgen anhand der Unsicherheitsfaktoren;
7. Auswahlakt.

Auch bei einer kürzeren Verlaufsdarstellung ist das empirische Element (die Folgenermittlung) vom prognostischen (die Folgenerwartung) und dem bewertenden (die Folgenabschätzung) zu unterscheiden. Im übrigen bedarf es der gemeinsamen Anstrengung aller Prozeßbeteiligter (des Gerichtes, der Parteien, der Anwälte, der Sachverständigen), die verfahrensmäßigen Möglichkeiten auszuschöpfen. Sachver- **56**

36 Deckert, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 121.

ständige werten Statistiken aus. (Empirische) Fachliteratur wird beigezogen. Das Beweisanspruchsrecht wird für weitere Erkundigungen genutzt.

- 57** Die Kosten adäquater Folgenorientierung sind nicht gering. Deshalb werden etwa demoskopische Untersuchungen gegenwärtig fast ausschließlich in Wettbewerbssachen vorgenommen. Die praktischen Probleme sind aber lösbar, wenn das Interesse an ihrer Lösung groß genug ist.³⁷

37 Naucke, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften (1972), S. 45.

E. Schlußbemerkung: Mit den amerikanischen Verfassungsvätern

Die Untersuchung kommt also zu dem Ergebnis, daß eine die Folgen berücksichtigende Rechtsanwendung durch teleologische Argumente bei der Ausfüllung des Auslegungsspielraums oder bei der Wahrnehmung der Rechtsfortbildungsaufgabe geboten und möglich ist. Stellt man die wichtigsten Erkenntnisse für die folgenorientierte Gesetzgebung und Gesetzesanwendung einander gegenüber, so lassen sich – verkürzt und pointiert – folgende Gemeinsamkeiten und Unterschiede festhalten. Die Erreichung des gesetzgeberischen Zieles ist Aufgabe beider Gewalten. Die Wirksamkeit der Entscheidung, die Akzeptanz bei den Betroffenen, müssen beide bedenken. Effizienz ist allgemein gültiges Verfassungsgebot. Regelungsbedarf und Regelungsform interessieren nur den Gesetzgeber. Die Priorität der Fremdbindung gilt nur für die Rechtsanwendung. Der Adressatenkreis von Gesetzgebung und -anwendung ist unterschiedlich, der des Gesetzgebers potentiell größer. Die Folgenermittlung und -prognose des Richters kann sich prinzipiell auf die des Gesetzgebers stützen. Für die Folgenbewertung sind die Maßstäbe des Gesetzgebers zu gebrauchen und zu beachten, allerdings nur im Prinzip, denn der Richter muß weiter schauen. Die Durchsetzbarkeit des Entscheidungsaktes ist für beide Gewalten von großer Bedeutung.

Die Folgenorientierung von Gesetzgeber und Rechtsprechung wird auf längere Sicht die Quantität der Gesetze reduzieren und ihre Qualität erhöhen. Was zu erreichen ist, wird nicht ausreichen, bei Verwaltung und Bürgern eine gesicherte Rechtskenntnis und verlässliche Gesetzesbefolgung zu gewährleisten. Möglicherweise wird der demokratische Rechtsstaat neue Instrumente entwickeln müssen, um Ordnung und Steuerung von Staat und Gesellschaft zu ermöglichen.

Dabei muß bewußt bleiben, daß alle Bemühungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung an Grenzen stoßen. Totale Rationalität, in Gegenwart und – prognostisch – Zukunft, ist nicht erreichbar. Das ist schon wissenschaftstheoretisch, geschweige denn praktisch unmöglich. Es sind nicht alle Wirkungsfaktoren der Gesetze überschaubar. Der Mensch wird sich auch nie einer umfassenden Planung fügen. Ein solcher Zugriff wäre zudem freiheitsbeschädigend und verfassungswidrig.

Wissenschaftsgeleitete, rationale Verbesserung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nicht alles. Eine disziplinierte Phantasie, die Kenntnis größerer tatsächlicher und rechtlicher Zusammenhänge, Einfühlungsvermögen sind allemal wichtiger als die Computertechnik. Noch immer kann die Erfahrung eines Richters, sein Judiz, wertvoller sein als die Beachtung von Meinungsumfragen.

Die Verbesserung von Gesetzgebung und Rechtsprechung durch Folgenorientierung ist möglich. Die Produktion „absolut guter Gesetze“ und „absolut richtiger Rechtsprechungsakte“ ist nicht möglich. Aber es läßt sich sehr wohl rechtfertigen und ist nicht aussichtslos, dem Ziel, „relativ gute Gesetze“ und „relativ bessere Urteile“ zu schaffen, näherzukommen. Die Ausarbeitung einer Gesetzgebungs- und einer Rechtsprechungslehre, die gerade auch ihre faktischen und normativen Grenzen mitreflektiert, ist Aufgabe der Zukunft.

- 63** Wissenschaft und gesunder Menschenverstand sind gefordert! Wir müssen lernen, aus Erfahrung zu lernen! Wie sagten die *Founding Fathers* der US-amerikanischen Verfassung? „*Let us be guided by experience, because reason might mislead us.*“³⁸

38 The Records of the Federal Convention of 1787, Vol. 1 – Not in their personal notes, but definitely in their public utterances, suppl. to *Max Farrands* Records of the Federal Convention of 1787.

§ 2 Wolfgang Däubler^{*}: Folgenabschätzung im Arbeitsrecht – zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken

Rn.

A. Einleitung	1
B. Erzeugung von Richterrecht unter restriktiven Rahmenbedingungen	4
I. Beschränkter Tatsachenstoff	5
II. Begrenzung der „zulässigen“ Argumente	7
III. Keine gesicherte Möglichkeit zur Korrektur	9
IV. Besonderheiten des Fallrechts	11
C. Folgenorientierung als notwendiger Entscheidungsparameter	13
I. Unvermeidbare Freiräume	13
II. Folgenorientierung als relativ bestes Vorgehen	14
III. Überforderung der Gerichte?	16
IV. Lösungsansätze	17
V. Sozialwissenschaften und Ökonomie	20
D. Kriterien zur Folgenbewertung	22
I. Effizienz	23
II. Schutzprinzip	27
III. Mitbestimmung	29
IV. Entscheidungsfreiheit des einzelnen	31
E. Konsequenzen	32

* Professor Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen.

A. Einleitung

- 1 Der im Thema genannte Gegenstand bedarf der Eingrenzung. Dem Ort der Tagung und den Abreden mit den Veranstaltern entsprechend soll es um die Frage gehen, inwieweit „Folgenabschätzung“ bei der Schaffung und Weiterentwicklung von Richterrecht eine Rolle – vielleicht sogar eine entscheidende Rolle – spielen kann. Dabei wird bewußt ein weiter Begriff von Richterrecht zugrunde gelegt: Es geht um alle höchstrichterlichen Entscheidungen, die nicht eindeutig durch geschriebenes Recht, insbesondere durch Gesetze determiniert sind. Nur wo es mehrere Lösungen gibt, die gleichermaßen vertretbar sind, stellt sich das hier interessierende Problem. „Weit“ ist der Begriff des Richterrechts insoweit, als es nicht allein um die „Fortbildung des Rechts“ geht, die nach § 45 Abs. 4 ArbGG eine der Aufgaben des Großen Senats ist. Als Beispiele für Richterrecht mögen die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung, die zu § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Fallgruppen sowie der aus § 2 Abs. 1 BetrVG hergeleitete Anspruch des Betriebsrats stehen, vom Arbeitgeber die Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen zu verlangen.
- 2 Die Existenz von Richterrecht ist heute allgemein anerkannt. Auch wenn es bei uns keine Präjudizien im anglo-amerikanischen Sinne gibt, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung handlungsleitende Funktion: Die geringe Wahrscheinlichkeit, daß ein unteres Gericht anders entscheidet und sich ggf. auch das BAG eines besseren oder eines schlechteren besinnt, wird in der Praxis zu Recht vernachlässigt. Von der Wirkung her stehen die Entscheidungen Gesetzen gleich. Im Bereich der zum 1. Januar 2002 eingeführten AGB-Kontrolle bei Arbeitsverträgen gewinnt man sogar den Eindruck, daß diese in der Praxis erst ernst genommen wird, seit es eine ganze Serie von einschlägigen BAG-Entscheidungen gibt.
- 3 Das BAG hat den Quasi-Normcharakter seiner Rechtsprechung mittelbar selbst anerkannt, indem es intertemporale Regeln, „Übergangsvorschriften“ bei einem Wechsel in seiner Judikatur entwickelt hat. Als Beispiel mag eine Entscheidung zu § 102 Abs. 1 BetrVG stehen. Nach der ursprünglichen Auffassung des BAG mußten die Daten zur sozialen Auswahl nur auf Verlangen mitgeteilt werden. Als das Gericht im Jahre 1984¹ diese Position aufgab und den Arbeitgeber als automatisch verpflichtet ansah, nützte dies dem betroffenen Arbeitnehmer im konkreten Fall gar nichts: Der Arbeitgeber habe sich auf die bisherige Rechtsprechung verlassen können, erst in der Zukunft sei nach den neuen Grundsätzen zu verfahren. Im Zusammenhang mit der Europarechtswidrigkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG ist in jüngster Zeit – wie ich finde: zu Recht – mit Rücksicht auf die von Anfang an bestehenden Kontroversen auch für das nationale Recht anders entschieden worden.² In diesen Rahmen gehört auch die „Ankündigungsrechtsprechung“, wie sie der Fünfte Senat jüngst im Zusammenhang mit der Bezugnahmeklausel praktiziert hat.³ Ähnliches war vor Jahrzehnten mit § 75 Abs. 3 HGB geschehen, der eine unbezahlte Karenz bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus Verschulden des Arbeitnehmers vorsah und der nach entsprechen-

1 BAG vom 29.3.1984 – 2 AZR 429/83 (A) – NZA 1984, 169 = NJW 1984, 2374.

2 BAG vom 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 – DB 2006, 1734 = NZA 2006, 1162.

3 BAG vom 9.11.2005 – 5 AZR 128/05 – NZA 2006, 202 = EzA § 305c BGB 2002 Nr. 3.

der Ankündigung⁴ vom BAG als verfassungswidriges vorkonstitutionelles Recht qualifiziert und nicht mehr angewandt wurde.⁵

4 BAG vom 26.10.1973 – 3 AZR 118/73 – AP Nr. 5 zu § 75 HGB = DB 1974, 582: Die Praxis wurde auf eine „mögliche Abkehr“ von der bisherigen Auffassung hingewiesen.

5 BAG vom 23.2.1977 – 3 AZR 620/75 – AP Nr. 6 zu § 75 HGB = JZ 1977, 521, bestätigt durch BAG vom 25.6.1985 – 3 AZR 305/83 – BAGE 49, 109 = DB 1986, 127.

B. Erzeugung von Richterrecht unter restriktiven Rahmenbedingungen

- 4 Die richterliche Normsetzung weist mindestens vier Besonderheiten auf, die gerade auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind. Den Gerichten stehen *prima facie* weder die Erkenntnismöglichkeiten noch alle Handlungsoptionen des parlamentarischen Gesetzgebers zur Verfügung.

I. Beschränkter Tatsachenstoff

- 5 Im Urteilsverfahren ist Grundlage für die Entscheidung allein das Vorbringen der Parteien. Tatsachen, die sie nicht in das Verfahren einführen, finden keine Berücksichtigung. Im Beschlußverfahren ist dies zwar etwas anders, doch bestimmen die Beteiligten auch dort durch ihre Anträge den Gegenstand des Verfahrens.
- 6 ArbGG und ZPO sind auf Verfahren zugeschnitten, die sich zwischen wenigen Personen oder Akteuren abspielen. Die faktische *Erga-Omnes*-Wirkung, die insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen haben, findet keine Berücksichtigung. Eine Vorschrift wie § 27a BVerfGG, wonach das Bundesverfassungsgericht „sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben kann“, existiert nicht.⁶ § 144 ZPO in dem Sinne zu interpretieren, man könne auch solche Sachverständige heranziehen, die primär das in Frage stehende Praxisfeld, nicht aber den konkreten Fall kennen, ist bisher nicht anerkannt. Möchte das BAG beispielsweise wissen, ob es auch in Kleinbetrieben üblich ist, vor einer verhaltensbedingten Kündigung im Regelfall eine Abmahnung auszusprechen, so ist es auf eigene plausible Vermutungen oder auf empirische Untersuchungen angewiesen, die mehr oder weniger zufällig eine Aussage auch zu dieser Frage enthalten.

II. Begrenzung der „zulässigen“ Argumente

- 7 Das BAG ist wie andere Gerichte gehalten, sich bei der Begründung seiner Entscheidungen bestimmter Argumente zu bedienen. Dies schließt es einer verbreiteten Konvention nach z.B. aus, dezisionistische Elemente, die im Einzelfall unvermeidbar sind, auch als solche kenntlich zu machen. Ob man den „Flexibilitätspuffer“ bei Arbeitszeit und Vergütung mit 25 %, mit 30 %, mit 20 % oder vielleicht nur mit 15 % veranschlagt, ist im Grunde eine Setzung, die man tunlichst nicht als solche bezeichnet.⁷ Denkbar ist weiter, daß man bestimmte Unschärfen bewußt in Kauf nimmt, um mit ihrer Hilfe einen erwünschten Erfolg zu erreichen. So ist beispielsweise der Begriff der „mittleren Fahrlässigkeit“ nicht übermäßig konturenscharf, doch kann die damit verbundene Unsicherheit dazu führen, daß sich Beschäftigte um sorgfältiges Arbeiten bemühen: Kommt es dann wirklich zu einem existenzbedrohenden Schadensfall, ist durch Einordnung als „leichte“ Fahrlässigkeit oder durch Scha-

6 Bemerkenswert auch § 22 Abs. 5 der Geschäftsordnung des BVerfG in der Fassung vom 7.1.2002, BGBl I, S. 1171: „Auf Vorschlag des Berichterstatters oder auf Beschluß des Senats ersucht der Vorsitzende Persönlichkeiten, die auf einem Gebiet über besondere Kenntnisse verfügen, sich zu einer für die Entscheidung erheblichen Frage gutachtlich zu äußern.“

7 Vgl. BAG vom 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – BAGE 113, 140 = NZA 2005, 465; BAG vom 7.12.2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423, 428 = BB 2006, 829.

densteilung immer noch eine menschliche Katastrophe zu vermeiden. Unterstellt, das BAG hätte sich von einer solchen Erwägung leiten lassen: Es hätte sie mit Sicherheit nicht in den Gründen zum Ausdruck gebracht.

Ohne die Einhaltung solcher Regeln würde die Akzeptanz der Entscheidungen leiden. **8** Dies gilt auch für bestimmte, nachhaltig bekundete Wertentscheidungen. Eine Aussage „Arbeitskämpfe sind im allgemeinen unerwünscht, da sie volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen“ wurde vor Jahrzehnten geschrieben,⁸ würde sich in dieser Form aber heute schwerlich in den Gründen eines Urteils finden.

III. Keine gesicherte Möglichkeit zur Korrektur

Sind richterrechtliche Normen einmal entstanden, ist eine Korrektur bisweilen **9** schwierig. Das Gericht kann sich seine Fälle nicht aussuchen. Soweit unorganisierte Interessen betroffen sind, könnten auch rechtspolitisch engagierte Rechtsanwälte oder Professoren nur schwer ein passendes Verfahren in die Wege leiten. Einen Leiharbeiter zu finden, der sich auf die Unwirksamkeit der einschlägigen Tarife beruft und unter Berufung auf den *equal-pay*-Grundsatz eine höhere Vergütung einklagt, ist praktisch so gut wie ausgeschlossen. Ausnahmen bestätigen die Regel.⁹

Dieser Umstand legt Zurückhaltung nahe. Natürlich hat der Gesetzgeber jederzeit **10** die Möglichkeit zur Intervention, wenn sich eine Rechtsprechung – etwa angesichts veränderter Umstände – als nicht mehr akzeptabel erweist, doch kann diese Schwelle außerordentlich hoch sein, weil sich im Parlament niemand um die Frage kümmern will oder eine Regelung mit Konzessionen auf anderen Gebieten erkaufte werden müßte.

IV. Besonderheiten des Fallrechts

Richterrechtliche Normen sind auf unterschiedlicher Abstraktionshöhe angesiedelt. **11** Manche könnten in gleicher Weise in einem Gesetz stehen, wie etwa die Voraussetzungen einer Kündigung wegen Krankheit. Andere betreffen Fallgruppen wie z.B. die „Entwendung geringwertiger Gegenstände“ als wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB.¹⁰ Schließlich gibt es singuläre Konstellationen wie die, daß ein Fernfahrer im Nahen Osten von der Polizei verhaftet wird, gegen Hinterlegung eines Geld-

8 BAG vom 28.1.1955 – GS 1/54 – BAGE 1, 291 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4 R).

9 Paradebeispiel ist die Vererbung des OHG-Anteils an die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Person, die im Falle einer Mehrheit von Erben nach der Rechtsprechung des BGH vom 22.11.1956 – II ZR 222/55 – BGHZ 22, 186 ff. = WM 1957, 24 zunächst eine höchst komplizierte Regelung erfahren hatte, die als erster Schritt für die Anerkennung einer Sondererbfolge gedacht war. Da sich Notare und andere rechtsberatende Berufe aber streng und konsequent an der ersten BGH-Entscheidung orientierten, hatte der zuständige Senat erst nach 20 Jahren die Möglichkeit, den von Anfang an beabsichtigten Schritt vorzunehmen (BGH vom 10.2.1977 – II ZR 120/75 – BGHZ 68, 225 ff. = NJW 1977, 1339). Vgl. auch R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung (1971).

10 Dazu zusammenfassend Schlachter, Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers, NZA 2005, 433.

betrags freikommt, dann verständlicherweise das Weite sucht und nach der Rückkehr von seinem Arbeitgeber die verfallene Kautionsersatz haben will.¹¹

- 12** Schon dieses „Mehrebenensystem“ führt dazu, daß sich weitere Interpretationsprobleme ergeben. Soll man als Berater prognostizieren, wie wohl das BAG eine noch nicht unmittelbar behandelte Frage entscheiden wird, kommt man sich bisweilen wie ein Student in einer Digestenexegese vor: Man sucht sich viele Mosaiksteine zusammen, um eine einigermaßen plausible Antwort geben zu können. Dies bedeutet zugleich, daß sich diese Normen dem Bürger nur durch Vermittlung von Juristen erschließen; für den eigentlich Betroffenen sind die Dinge häufig nicht mehr nachvollziehbar. Dies ist als Faktum hinzunehmen und läßt sich nicht mehr rückgängig machen. Allerdings können sich dadurch Implementationsprobleme ergeben; nur bei fairer Vermittlung durch die juristische Profession ist die handlungsleitende Funktion gesichert.¹²

11 BAG vom 11.8.1988 – 8 AZR 721/85 – BAGE 59, 203 = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers = DB 1988, 2516.

12 Vgl. schon *Heldrich*, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts?, JuS 1974, 281, 284.

C. Folgenorientierung als notwendiger Entscheidungsparameter

I. Unvermeidbare Freiräume

Die beschriebenen Restriktionen bei der Schaffung von Richterrecht könnten es nahelegen, die Finger von diesem Phänomen zu lassen, sich gewissermaßen in einen positivistischen Elfenbeinturm zurückzuziehen. Doch dies wäre eine Scheinlösung. Richter unterliegen dem Rechtsverweigerungsverbot, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wacht darüber, daß der Einzelne in angemessener Zeit erfährt, was für ihn im konkreten Fall rechtens ist. Generalklauseln wie § 242 BGB schaffen Entscheidungsspielräume, die sich nicht wegdefinieren lassen. Wie weit gehen die Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis, welche Anforderungen stellt der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG? Insoweit kommt es allein darauf an, wie man den sehr weiten Rahmen ausfüllt. 13

II. Folgenorientierung als relativ bestes Vorgehen

In der rechtssoziologischen Literatur setzt sich immer mehr die Erkenntnis durch, daß die „Folgenorientierung“ die relativ beste Methode ist, um zu nachvollziehbaren, rational begründeten Entscheidungen zu kommen.¹³ In der Tat werden nur auf diese Weise reale oder angebliche Subjektivismen ausgeschaltet. Man kann nachvollziehen und diskutieren, weshalb ein Urteil so und nicht anders ausgefallen ist. Die Gefahr, daß Richter autonom entscheiden,¹⁴ wird auf diese Weise weitestgehend ausgeschlossen. Der dezisionistische Teil von Entscheidungen wird minimiert.¹⁵ Auch die mit der Folgenorientierung verbundene Transparenz¹⁶ ist notwendig und nützlich, da sich ein Gericht, anders als beim reinen Gesetzesvollzug, nicht auf eine demokratische Legitimation stützen kann, die durch regelmäßige Wahlen seitens der Bevölkerung vermittelt wird. 14

Die Herausarbeitung der Folgen, die sich aus unterschiedlichen (gleichermaßen vertretbaren) Auslegungsalternativen ergeben, erhöht die Chance auf Akzeptanz. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Argumente durch sachkundige Menschen weitergetragen werden. Angesichts der Irrationalität mancher Gesetzgebungsverfahren¹⁷ kann dadurch sogar ein gewisser Legitimitätsvorsprung gegenüber der parlamentarischen Rechtssetzung entstehen: statt schöner (oder neben der Sache liegender) Reden ernsthafte Auseinandersetzung mit den realen Problemen. 15

13 Siehe etwa Röhl, Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie, ZfRSoz 26 (2005) 3, 8; weitere Nachweise bei Grimm, Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Teubner (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe (1995), S. 139 Fn. 1.

14 Kirchner, Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts, in: Hof/Schulte (Hg.), Wirkungsforschung zum Recht III. Folgen von Gerichtsentscheidungen (2001), S. 35.

15 Grimm (Fn. 13), S. 145.

16 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft (1982), S. 227 ff.

17 Als Beispiel kann die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien der EG dienen. Bei der Ausklammerung der Kündigung aus den Diskriminierungsverboten durch § 2 Abs. 4 AGG wurde beispielsweise nicht einmal angesprochen, ob dies mit den EG-Richtlinien vereinbar ist.

III. Überforderung der Gerichte?

- 16** Die Empfehlung, sich um eine Folgenabschätzung zu bemühen, stößt auf den verbreiteten Einwand, Gerichte seien damit überfordert. Bezogen auf die Arbeitsgerichtsbarkeit betont etwa *von Klitzing*,¹⁸ ihr fehle es an spezifischem ökonomischem und sozialwissenschaftlichem Sachverstand, der nur in gewissem Umfang durch die ehrenamtlichen Richter eingebracht werde. Auch *Teubner*¹⁹ meint, aus „logischen, sozialtheoretischen und forschungspraktischen Gründen“ könnten Richter die Aufgabe der Folgenabschätzung nicht bewältigen. Sie befänden sich in einer paradoxen Situation: Auf der einen Seite kämen sie ohne Folgenreflexion nicht aus, auf der anderen Seite würden ihnen alle Mittel fehlen, um dieser Aufgabe wirklich gerecht zu werden.

IV. Lösungsansätze

- 17** Gegen diesen, man möchte sagen nihilistischen Standpunkt spricht schon auf den ersten Blick, daß es in der Realität eine nicht geringe Zahl folgenorientierter Entscheidungen gibt. Gerichte verfügen zwar nicht über angeschlossene Forschungsinstitute mit sozialwissenschaftlichen und ökonomischen Experten, doch sind sie dennoch zu fundierten Einschätzungen in der Lage. Im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG geht beispielsweise das Bundesverfassungsgericht explizit so vor: Es prüft die Konsequenzen, wenn eine einstweilige Anordnung erlassen wird und der Antragsteller in der Hauptsache unterliegt oder – zweite Alternative – wenn die einstweilige Anordnung abgelehnt wird und der Antragsteller später obsiegt. Die Variante mit den geringeren Nachteilen wird dann gewählt, es sei denn, der Antrag sei in der Sache offensichtlich begründet oder offensichtlich unbegründet.
- 18** In den Fachgerichten besteht bei den Richtern ein Erfahrungswissen, das sehr wohl zur Folgenabschätzung befähigt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn – wie bei der Arbeitsgerichtsbarkeit – eine Konzentration auf ein bestimmtes (wenn auch komplexes) Rechtsgebiet erfolgt. Ein „Rotationsprinzip“, das den Richter zwei Jahre mit Gesellschaftsrecht, dann mit Ehescheidungen, mit Verkehrsunfällen und schließlich mit Arbeitsvertragsrecht konfrontiert, würde die Entstehung eines solchen Wissens weithin verhindern. Auch kann die juristische Literatur gerade im Arbeitsrecht hilfreich sein, weil zahlreiche Werke von Autoren geschrieben sind, die ihrerseits seit Jahrzehnten in der Praxis stehen.
- 19** Wenn man ausnahmsweise auf dieser Grundlage nicht weiterkommt, sollte man vor der Einschaltung von Sachverständigen nicht zurückschrecken. Die Voraussetzungen des § 144 ZPO sind gegeben, wenn die Informationen für die Entscheidung des konkreten Falles relevant sind und nicht nur das Umfeld aufhellen wollen. Problematisch ist dabei allein die Kostenfrage: Es ist nicht Sache der Parteien, die Vervollständigung der gerichtlichen Rechtserkenntnis zu finanzieren. Hier käme eine entspre-

¹⁸ *von Klitzing*, *Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes. Eine Untersuchung richterlicher Regelsetzung* (2004), S. 287.

¹⁹ *Teubner*, *Folgenorientierung*, in: ders. (Fn. 13), S. 9.

chende Anwendung des § 21 GKG in Betracht, der die Parteien von Auslagen freistellt, die durch eine von Amts wegen erfolgende Verlegung oder Vertagung entstehen: Kosten, die durch gerichtsinterne Probleme erzeugt werden, sollen zu Lasten der öffentlichen Hand gehen. Die rechtsdogmatischen Unsicherheiten eines solchen Versuchs wären allerdings vermieden, wenn der Gesetzgeber intervenieren würde: Er könnte insbesondere die Einschaltung solcher Sachverständiger auf Oberste Bundesgerichte beschränken, wo typischerweise Richterrecht entsteht.

V. Sozialwissenschaften und Ökonomie

Der Rückgriff auf sozialwissenschaftliche und ökonomische Erkenntnisse kann, muß **20** aber nicht für die Entscheidungsfindung nützlich sein. Er führt keineswegs immer zu einer Vergewisserung.²⁰ Die verfolgten Fragestellungen sind zum Teil andere und für die Bildung von Rechtssätzen nicht verwendbar. Auch haben empirische Untersuchungen keineswegs immer identische Ergebnisse.²¹

Die Entscheidungsfolgen bestehen häufig in menschlichem Verhalten, das man deshalb prognostizieren muß. Soweit es dazu kein gesichertes Erfahrungswissen gibt, **21** greift man auf Leitbilder wie den *homo oeconomicus* zurück, die ihrerseits erhebliche Unschärfen besitzen.²² Erinnert sei an den Fall jenes Hauseigentümers, der sein Anwesen an einen Arzt verkauft hatte: Als Gegenleistung war eine lebenslängliche Rente sowie unentgeltliche ärztliche Betreuung zugesagt. Als es Streit gab, berief sich der Verkäufer auf den Interessenkonflikt, in dem der Arzt stehe: Je schlechter die Behandlung, umso schneller erlösche die Pflicht zur Rentenzahlung ... Der BGH²³ hielt dies für hinnehmbar und vertraute darauf, der Arzt werde sich an seinem Berufsethos orientieren (statt wie ein *homo oeconomicus* zu handeln). Schließlich gibt es nicht wenige Theorien, die – wie es in einer intelligenten Studie heißt – „ihrer empirischen Überprüfung weit voraus sind.“²⁴

20 Grimm (Fn. 13), S. 146.

21 Vgl. auch Deckert, Praktische Durchführbarkeit folgenorientierter Rechtsanwendung – auf dem Weg zu einer folgenorientierten Rechtswissenschaft, in: Hof/Schulte (Fn. 14), S. 177, 181.

22 Zum Leitbild des *homo oeconomicus* und seiner Weiterentwicklung siehe Eidenmüller, Der *homo oeconomicus* und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 ff.

23 BGH vom 18.5.1965 – VI ZR 4/64 – NJW 1965, 2005 = VersR 1965, 718.

24 So die Formulierung bei Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 135.

D. Kriterien zur Folgenbewertung

- 22 Die aus unterschiedlichen Auslegungsergebnissen folgenden Konsequenzen können unter verschiedenen Aspekten bewertet werden. Das Vortragsthema nennt als Maßstäbe „Effizienz“ und „Schutz“, doch würde ich dem noch den Gedanken der Partizipation und der Entscheidungsautonomie des einzelnen hinzufügen wollen.

I. Effizienz

- 23 Effizient im ökonomischen Sinne sind Folgen, die den gesellschaftlichen Wohlstand erhöhen. Ineffizient sind solche, die ihn verringern.²⁵ Dabei wird vorausgesetzt, daß sich die Individuen wie ein *homo oeconomicus* verhalten, sich also an der Maximierung ihres individuellen Nutzens orientieren. Effizient ist eine Rechtsnorm dann, wenn sie unter diesen Umständen ihr Ziel mit möglichst geringem Aufwand erreicht. Beispiele werden insbesondere dem Recht der unerlaubten Handlung entnommen. Paradefall aus der Rechtsprechung des BGH ist die mögliche Anbringung eines Wildschutzzaunes.²⁶

Auf einem bestimmten, durch einen Wald führenden Straßenabschnitt kam es wegen häufigen Wildwechsels pro Jahr zu ca. 50 bis 60 Unfällen. Ein Schild „Wildwechsel beachten“ konnte dies nicht verhindern. Einen Wildschutzzaun zu errichten, hätte die für die Straße verantwortliche Gemeinde etwa 60.000 DM pro Jahr gekostet; Unfälle wären praktisch ausgeschlossen gewesen. Der „Präventionsaufwand“ war also drastisch geringer als der durch 50 bis 60 Unfälle entstehende Schaden. Deshalb war entgegen der Auffassung des BGH eine solche Maßnahme geboten; sie entsprach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.²⁷

- 24 In solchen Situationen kann die ökonomische Analyse des Zivilrechts zu rationalen Entscheidungen beitragen, doch hilft das Abstellen auf die wirtschaftlich sinnvollste, d.h. die Wohlfahrt aller am besten fördernde Lösung schon dann nicht mehr, wenn rein wirtschaftliche und höchstpersönliche Rechtsgüter gegeneinander abgewogen werden müssen.²⁸

Unterstellt, im eben geschilderten Fall des Wildschutzzaunes wäre es im Durchschnitt pro Jahr nur zu zwei Unfällen gekommen, bei denen jeweils auch ein Personenschaden entstanden wäre; die Gesamtschäden einschließlich Heilungskosten und Schmerzensgeld hätten sich dabei auf ca. 50.000 DM belaufen. Ist es gerechtfertigt, hier bei einem wirtschaftlichen Vergleich stehen-zubleiben und die Unfälle als die billigere Alternative in Kauf zu nehmen, oder muß man der Gesundheitsschädigung als solcher von vorneherein entscheidendes Gewicht beimessen? Wie verhält es sich, wenn Menschen zu Tode

25 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. (2005), S. 4.

26 BGH vom 13.7.1989 – III ZR 122/88 – BGHZ 108, 273 = NJW 1989, 2808.

27 Siehe dazu den lesenswerten Beitrag von Kötz/Schäfer, Judex Calcula!, JZ 1992, 355.

28 Zutreffend Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Besonderer Teil, zweiter Halbband, 13. Aufl. (1994), § 76 III 4 h.

kommen? In der Literatur²⁹ wird berichtet, das Britische Transportministerium vertrete den Standpunkt, der Tod eines Menschen sei mit 27.000 Pfund pro Jahr seiner Lebenserwartung zu bewerten. Dies entsprach dem durchschnittlichen Beitrag zum Bruttosozialprodukt. Kritiker werden natürlich fragen, weshalb dies auch für Rentner gelten soll. Müßte nicht von der ökonomischen Logik her der Täter in diesem Fall eine Anerkennungsurkunde erhalten? Auch wenn man von einer solchen *reductio ad absurdum* einmal absieht: Die wirtschaftlichste Lösung läßt sich in den meisten Fällen nicht bestimmen oder läßt sich mit unseren Wertvorstellungen nicht vereinbaren.

Ein weiterer Einwand gegen das Abstellen auf die Effizienz geht dahin, daß Rechts-
normen auch politische und kulturelle Bedeutung haben.³⁰ Eine wirtschaftlich sub-
optimale Regelung kann aus politischen Gründen sinnvoll sein, weil sie z.B. die
Stabilität der Arbeitsbeziehungen fördert oder weil es sich um die Realisierung eines
traditionellen kulturellen Wertes handelt. Das grundsätzliche Verbot der Sonntags-
arbeit nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV mag einzelne wirtschaft-
liche Vorgänge stören; gleichwohl denkt mit Recht bislang niemand daran, den
Sonntag als Institution abzuschaffen. **25**

Wenn den Ergebnissen der ökonomischen Analyse des Rechts hier nur ein geringer
Aussagegehalt beigemessen wird,³¹ so bedeutet dies nicht, daß man auch die
betriebswirtschaftlichen Folgen bestimmter Regeln außer acht lassen sollte. Die er-
wähnten Entscheidungen über die 25 % „Flexibilitätspuffer“ sind ein Beispiel dafür,
daß dies schon heute geschieht. Ein anderer Anwendungsfall liegt in der sehr viel
eher zu kritisierenden These, einmal erworbene tarifliche Ansprüche könnten im
Rahmen des Vertrauensschutzes auch rückwirkend entzogen werden.³² Dabei muß
allerdings immer außer Diskussion sein, daß die Folgen von Entscheidungen nicht
allein nach betriebswirtschaftlichen Maßstäben beurteilt werden können. **26**

II. Schutzprinzip

Der Arbeitsschutz stellt die älteste Schicht des Arbeitsrechts dar; zu ihr sind zahl-
reiche Normen etwa über Entgeltfortzahlung, Urlaub und Kündigungsschutz hinzuge-
kommen. Derartige Vorschriften können sich im Einzelfall auch betriebswirtschaftlich
rechnen: Prävention durch Betriebsärzte kann den Krankenstand senken, der Urlaub
die Arbeitsmotivation und damit die Produktivität steigern. Dasselbe gilt für lang-
fristig angelegte Arbeitsverhältnisse, die es für den Arbeitgeber wie für den Arbeit-
nehmer attraktiv machen, Zeit und Geld in die Weiterqualifizierung zu investieren.³³ **27**

29 Karpén, Gesetzesfolgenabschätzung, ZRP 2002, 443, 445.

30 Röhl (Fn. 13), ZfRSoz. 26 (2005), S. 1, 13.

31 Ähnlich im Ergebnis Eidenmüller (Fn. 25), S. 450 ff.

32 BAG vom 23.11.1994 – 4 AZR 879/93 – BAGE 78, 309 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Rückwirkung = NZA 1995, 844 in Abweichung von BAG vom 28.9.1983 – 4 AZR 313/82 – BAGE 43, 305 = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Rückwirkung; aus der neuesten Literatur siehe BAG vom 22.10.2003 – 10 AZR 152/03 – BAGE 108, 176 = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Rückwirkung und BAG vom 2.2.2006 – 2 AZR 58/05 – AP Nr. 7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gewerkschaften, mit kritischer Anm. Däubler = NZA 2006, 868.

33 Kleinhenz, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, Gutachten B für den 63. Deutschen Juristentag (2000), S. B 66.

Damit allein lassen sie sich allerdings nicht rechtfertigen. Sie sind ein Stück Sozialstaatlichkeit, das aus historischen und politischen Gründen für das Funktionieren unseres Gemeinwesens elementare Bedeutung hat. Insofern verwirklicht es nicht nur ökonomische Werte.

- 28** Das Schutzprinzip darf genausowenig wie der Gedanke der betriebswirtschaftlichen Effizienz und der Kosteneinsparung verabsolutiert werden. Gruppenspezifische Schutznormen können für die Betroffenen zum Bumerang werden, weil ihre Einstellungschancen drastisch sinken.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Entscheidung über den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld zutreffend erkannt³⁵ und daraus die Konsequenz gezogen, der Gesetzgeber müsse durch Verteilung der Lasten ein System schaffen, das den vom MuSchG ausgehenden Abschreckungseffekt gegenüber der Einstellung von Frauen beseitige. Dies ist inzwischen durch das Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung³⁶ geschehen. Offen bleibt die Frage, inwieweit nicht auch andere Schutznormen, wie etwa die zugunsten von Schwerbehinderten bestehenden, analoge Effekte bewirken: Ist die Ausgleichsabgabe geringer als die durchschnittlichen Zusatzkosten, die bei der Beschäftigung eines Schwerbehinderten anfallen, ist ein Anreiz zur Nichteinstellung gegeben. Dies läßt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, aber auch vor dem Hintergrund der Förderungspflicht nach Art. 5 der EG-Rahmenrichtlinie diskutieren: Müßte der Gesetzgeber nicht (zumindest) faktische Benachteiligungen beseitigen, die aus seinem eigenen Tun erwachsen sind? Das Schlechterstellungsverbot gegenüber Behinderten spricht eindeutig dafür, diese Frage zu bejahen.³⁷

III. Mitbestimmung

- 29** Ob die betriebliche Mitbestimmung und die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat die Ertragslage des Unternehmens im Ergebnis fördert oder beeinträchtigt, wird unterschiedlich beurteilt.³⁸ Dabei lassen die Erhebungsmethoden allerdings bisweilen zu wünschen übrig. So erscheint es wenig erfolgversprechend, Unternehmensleitungen mit und Unternehmensleitungen ohne Betriebsrat einfach zu befragen, wie sie die Ertragslage ihres Unternehmens einschätzen.³⁹ Wenn die mit Betriebsrat versehenen Geschäftsführungen pessimistischer in die Zukunft schauen, so heißt dies nicht, daß der Betriebsrat die Ursache hierfür sein müßte. Vielmehr können absehbare Probleme die Gründung eines Betriebsrats veranlaßt haben, genauso wie es möglich ist, daß die Verteilung die konjunkturelle Situation bestimmter Branchen widerspiegelt oder auf Zufall beruht. Bemerkenswert ist, daß nach derselben Untersuchung der angebliche „Negativeffekt“ des Betriebsrats ausgeglichen

34 In der Rechtssoziologie wäre hier von „Adaptationsfolgen“ die Rede. Siehe *Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 24), S. 118 ff.

35 BVerfG vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64 = NZA 2004, 33 ff.

36 Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung vom 22.12.2005, BGBl I, S. 3686.

37 *Däubler*, Was bedeutet „Diskriminierung“ nach neuem Recht?, ZfA 2006, 479.

38 Zusammenfassende Darstellung der wichtigsten Untersuchungen bei *Thannisch*, Die Effizienz der Mitbestimmung in ökonomischer Betrachtung, AuR 2006, 81 ff.

39 Darstellung bei *Dilger*, Effizienzforschung betrieblicher Mitbestimmung, in: Rodi (Hg.), Recht und Wirkung. Greifswalder Beiträge zur Rechtswirkungsforschung (2002), S. 187 ff.

wird, wenn dieser über die gesetzlichen Vorgaben hinaus in die Entscheidungsprozesse des Unternehmens eingebunden ist.⁴⁰ Auf der anderen Seite ist erwähnenswert, daß nach einer weiteren Studie Niederlassungen deutscher Unternehmen in Großbritannien den Beschäftigten mehr Beteiligungsmöglichkeiten einräumen als vom dortigen Recht gefordert wird;⁴¹ ähnliches läßt sich aus Brasilien berichten. Bemerkenswert ist auch die Feststellung, daß der Erlaß des Mitbestimmungsgesetzes 1976 und seine Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht am 1.3.1979 keinerlei Einfluß auf den Börsenkurs der erfaßten Unternehmen hatte.⁴² Auch der geplante und dann Gesetz gewordene *Equal-Pay*-Grundsatz zwischen Leiharbeitsnehmern und Stammbeschäftigten hat die Kursentwicklung börsennotierter Verleihunternehmen nicht negativ beeinflusst, obwohl eine Umsetzung dieses Grundsatzes für die Branche herbe Verluste gebracht und sie im Grunde darauf beschränkt hätte, den „Spitzenbedarf“ an Arbeitskräften abzudecken.⁴³ An der Börse besteht offensichtlich ein starkes Vertrauen in der Richtung, die Geschäftsleitungen würden mit ihren Beschäftigten und deren Interessenvertretern schon zu einem Arrangement kommen, das die Renditechancen nicht beeinträchtigt. Soweit ersichtlich, ist dieses Vertrauen bisher in der Tat auch nie enttäuscht worden.

Unter diesen Umständen besteht kein Anlaß, die Mitbestimmung auf betrieblicher wie auf überbetrieblicher Ebene irgendwie in Frage zu stellen. Ihre Aufrechterhaltung wie ihr Ausbau sind kein teurer „Luxus“, sondern eine kulturelle Selbstverständlichkeit, die sich angesichts nicht belegter negativer ökonomischer Wirkungen keine Relativierung, etwa im Sinne einer restriktiven Auslegung des BetrVG, gefallen lassen muß. Insoweit verdienen die Aussagen der gemeinsamen Kommission von Böckler- und Bertelsmann-Stiftung volle Unterstützung.⁴⁴

IV. Entscheidungsfreiheit des einzelnen

Ein modernes Arbeitsrecht muß auch dafür sorgen, daß das Individuum Spielräume und Handlungsoptionen besitzt. In diesen Rahmen gehört etwa der Anspruch auf Teilzeit, aber auch jede Form von Flexibilisierung der Arbeitszeit im Arbeitnehmerinteresse. Die Vertrauensarbeitszeit kann dazu gehören, doch gilt dies dann nicht mehr, wenn sie so organisiert ist, daß das vereinbarte Arbeitspensum in der tariflich vorgesehenen oder der arbeitsvertraglich vereinbarten Zeit nicht bewältigt werden kann. Die traditionelle Gleitzeit ist demgegenüber in aller Regel unproblematisch. Einen hohen Stellenwert besitzen die Versuche, Beruf und familiäre Pflichten in Einklang zu bringen. Hier läßt sich der Freiheitsgedanke mit der betriebswirtschaftlichen Effizienz im Grundsatz durchaus vereinbaren,⁴⁵ da die Rückkehr qualifizierter Frauen

40 Darstellung bei *Dilger* (Fn. 24), S. 192 ff.

41 *Heise/Tüselmann u.a.*, Unternehmerische Performanz deutscher Tochterunternehmen in Großbritannien, WSI-Mitteilungen 2005, 362 ff.

42 *Frick*, Der Einfluß der Rechtsprechung zur Unternehmensmitbestimmung auf den Marktwert börsennotierter Aktiengesellschaften, in: *Rodi* (Fn. 39), S. 165, 179.

43 *Däubler*, Die neue Leiharbeit, KJ 2003, 17 ff.

44 Bertelsmann-Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen. Bilanz und Perspektiven (1998), S. 55 ff.

45 *Rieble/Klump*, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, JZ 2004, 817, 818.

an „Heim und Herd“ zu einem großen Verlust an Wissens- und Innovationspotential führen würde. Auch die Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz⁴⁶ ist nicht nur Ausdruck eines verfassungsgeschützten Wertes, sondern ein Mittel, um die Loyalität zum Unternehmen und die Identifizierung mit der Arbeit zu fördern.

46 Dazu zuletzt BAG vom 24.6.2004 – 2 AZR 63/03 – AP Nr. 49 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NZA 2005, 158, 161.

E. Konsequenzen

Die Folgenbeurteilung ist auf der Grundlage der vier genannten Kriterien möglich, **32** ohne daß man ernsthaft mit überraschenden Fernwirkungen rechnen müßte. Soweit sich betriebswirtschaftliche Nützlichkeit, sozialer Schutz, Beteiligungsrechte und individuelle Freiheit weitgehend zur Deckung bringen lassen, ist die Akzeptanz in der Gesellschaft gesichert.

Läßt sich eine solche „praktische Konkordanz“ nicht bewerkstelligen, kann es **33** Probleme geben, wenn einem der vier Gesichtspunkte der Vorrang eingeräumt wird. Hier bieten sich differenzierende Regelungen an. Um es an einem relativ aktuellen Beispiel zu verdeutlichen. Man könnte daran denken, Leiharbeiter bei den Grenzwerten in der Betriebsverfassung dann mitzuzählen, wenn sie regelmäßig einen Anteil von 20 % der Belegschaft (oder mehr) ausmachen. Ihr Wahlrecht soll – so wäre die eine Erwägung – an sich die Kosten der Betriebsverfassung für den Arbeitgeber nicht erhöhen, so daß sie grundsätzlich bei den Grenzwerten nicht zu berücksichtigen sind. Auf der anderen Seite kann man aber auch nicht in Kauf nehmen, daß Gremien entstehen, die für den betrieblichen Arbeitszusammenhang nicht mehr repräsentativ sind und die alle jene Arbeitgeber entscheidend entlasten, die sich auf Leiharbeiter statt auf eigene Beschäftigte stützen.⁴⁷ Weiter ist mit Recht der Vorschlag gemacht worden, alle langfristig in denselben Betrieb entsandten Arbeitnehmer mitzuzählen, da sie funktional die Stellung von Stammbeschäftigten einnehmen.⁴⁸

Die Folgenabschätzung kann – und dies sei als kleine Anregung angefügt – dadurch **34** entscheidend erleichtert werden, daß man sich auf Erfahrungen anderer Länder stützt, die einen vergleichbaren wirtschaftlichen Entwicklungsstand und ein ähnliches Maß an Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen aufweisen. Dies läßt sich etwa bei der Handhabung des neuen Antidiskriminierungsrechts fruchtbar machen: Hier können nicht nur die Erfahrungen anderer EU-Mitgliedstaaten, sondern beispielsweise auch die der USA Aufschluß darüber geben, wie sich bestimmte Auslegungsvarianten in der Realität auswirken. Komplizierter werden die Dinge, wenn man etwa auf die schärfere Kontrolle der Unternehmerentscheidung im französischen Recht zurückgreifen will.⁴⁹ Eine rechtswidrige Kündigung führt dort grundsätzlich nur zu einer Mindestabfindung in Höhe von sechs Monatsgehältern, so daß eine Übertragung lediglich unter der Voraussetzung in Betracht kommt, daß jedenfalls in der Praxis auch bei uns keine weitergehenden Folgen eintreten. Auf jeden Fall muß man behutsam vorgehen und darf nicht einzelne Institute aus ihrem Kontext herausreißen.

Durch den Blick über die Grenze relativiert sich auch der angeblich singuläre **35** Charakter der deutschen Mitbestimmung im Betrieb. Andere Rechtsordnungen kennen ein Recht zur spontanen Arbeitsniederlegung, das auch die Verhandlungsposition der betrieblichen Interessenvertretung stützen kann, und dann möglicher-

47 Vgl. auch die weiterführenden Überlegungen von *Dörner*, Der Leiharbeiter in der Betriebsverfassung, FS für Wissmann (2005), S. 286, 293 ff.

48 *Dörner* (Fn. 47), S. 286.

49 Dazu *Reinecke*, Zur „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ im Recht der betriebsbedingten Kündigung in Deutschland und Frankreich, ZIAS 2000, 17, 28.

weise zu einem funktionalen Äquivalent wird. In der Literatur ist deshalb der interessante Vorschlag gemacht worden, die aus der Europäischen Sozialcharta folgende Pflicht zur Legalisierung der nichtgewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung dort zu aktualisieren, wo es weder einen Betriebsrat noch eine handlungsfähige Gewerkschaft gibt.⁵⁰

Das Nachdenken über die Folgen richterrechtlicher Normen benötigt den Diskurs. Unsere Tagung kann hierfür ein nützlicher Anfang sein.

50 *Beppler*, Deutsches Streikrecht und Europäische Sozialcharta (ESC), FS für Wissmann (2005), S. 97 ff.

§ 3 Volker Rieble*: Folgenabschätzung im Arbeitsrecht

Rn.

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

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

A. Folgenabschätzung als Gebot

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

I. Drei Beispiele

- 2 Auf der anderen Seite ist Folgenabschätzung vielfach eine Frage zuerst des gesunden Menschenverstandes und wird vom BAG auch praktiziert – teils bewußt, teils unbewußt.
 - So läßt sich das Richterrecht zur Begrenzung von Bildungskostenrückzahlungsvereinbarungen² auch als Akt der Folgenabschätzung begreifen: Sie berücksichtigt das berechtigte Amortisationsinteresse des Arbeitgebers zumindest auch deswegen, damit der Arbeitgeber weiterhin Arbeitnehmerbildung vorfinanziert – und damit im wohlverstandenen Arbeitnehmerinteresse handelt. Ob dabei stets das richtige Maß getroffen wird, ist eine andere Frage. Für Fluggesellschaften mit ihrer sehr teuren Pilotenerstausbildung hat sich inzwischen ein anderes Geschäftsmodell etabliert: Der Eigenanteil des Piloten (40.000 von ca. 200.000 €) wird von diesem über ein günstiges Darlehen selbst getragen und muß über acht bis zehn Jahre getilgt werden – unabhängig davon, ob der Pilot aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet oder nicht. Das ist auch eine Folge von Richterrechtsetzung. Über die Bewertung dieser Folge ist damit nichts gesagt – und damit erst recht nichts über die Bewertung des Richterrechts.
 - Ein anderes Beispiel aus der Rechtsprechung: Die Enthftung des Betriebswerbers in der Insolvenz hat das BAG bereits 1980 damit begründet, daß der Übergang der Altschulden sich über die Vertragsverhandlungen auf den Kaufpreis auswirkte – weswegen die Arbeitnehmer zu Lasten der übrigen

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

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

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

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

II. Steuerung und (Fehl-) Anreiz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Drei Stufen der Folgenabschätzung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Ökonomisierung des Arbeitsrechts?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Wirkungsdimensionen im Arbeitsrecht

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

I. Unmittelbare Normfolgen

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

II. Anreizwirkung und Bumerangeffekt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Schutzkonzept und Mitnahmeeffekte

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

IV. Gesamtwirtschaftliche und gesamtgesellschaftliche Folgen?

1. Arbeitslosigkeit

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

³⁷ SZ vom 10.3.2006, S. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Überregulierung und Lähmungseffekte

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

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

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

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

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

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

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

V. Schutzkosten und Komplexitätskosten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Verteilungsfolgen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Nur am Rande: Pflichterfüllung durch Arbeitnehmer

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

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

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

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

D. Rechtspflicht zur Folgenberücksichtigung?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Fazit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4 Markus Stoffels^{*}: Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts

Rn.

A. Einleitung	1
B. Begriff und Verfahren der Folgenberücksichtigung	8
C. Rationalitätsgewinn durch Folgenberücksichtigung?	11
D. Kritische Bemerkungen zum Konzept der Folgenberücksichtigung in der richterlichen Entscheidungsfindung	12
I. Ausgangspunkt: Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)	13
II. Problem der Selektion der entscheidungsrelevanten Folgen	15
III. Problem der Folgenprognose	18
IV. Exkurs: Beschäftigungspolitische Auswirkungen des Kündigungsrechts	21
V. Problem der Bewertung der Entscheidungsfolgen	32
E. Ausnahmsweise Zulässigkeit der Folgenberücksichtigung	34
F. Verbesserte innere Systematik anstelle einer stärkeren Berücksichtigung außerrechtlicher Begründungszusammenhänge	43
G. Exkurs: Folgen der gerichtlichen Verfahrensgestaltung	45
H. Schlußbemerkungen	47

* Professor Dr. Markus Stoffels, Universität Passau.

A. Einleitung

- 1 *Klaus Adomeit* befaßt sich in seinem Werk „Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie“ u.a. mit der Bedeutung, welche die heutige Methodenlehre der Frage beimißt, was die verschiedenen rechtsdogmatischen Lösungen sozial bewirken. Er sieht in der vielfach geforderten Einbeziehung dieser Fragestellung eine Erweiterung des überkommenen Instrumentariums und qualifiziert diesen Schritt nahezu euphorisch als „die wichtigste Leistung der heutigen Methodenlehre“.¹
- 2 In der Tat ist es schon beinahe zu einer stehenden Formel geworden, daß sich die juristische Praxis an den zu erwartenden sozialen Folgen der Entscheidung zu orientieren, ja sie als entscheidungsrelevante Faktoren zu berücksichtigen habe. Man spricht von Folgenorientierung, -berücksichtigung oder -abschätzung und konsequenterweise auch von Folgenverantwortung.² Für den Gesetzgeber versteht es sich von selbst, daß er die Folgen seiner Gesetze im Vorhinein möglichst umfassend abzuschätzen und die Wirkungsfolgen ggf. auch weiterhin zu beobachten hat.³ *Wank* qualifiziert die Folgenorientierung – zu Recht – als herkömmlichen Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens.⁴
- 3 Aber auch für den Richter – so lautet die verbreitete Forderung – müsse das Folgenkalkül Maxime seiner Entscheidung sein. Das wird übrigens auch im ausländischen Schrifttum von vielen Autoren so gesehen. Bei *Deschenaux* im Einleitungstitel des grundlegenden Werks zum schweizerischen Privatrecht lesen wir beispielsweise: „Wie der Gesetzgeber muß der Richter damit beginnen, die Interessen zu erfassen, die bei der zu lösenden Schwierigkeit eine Rolle spielen. Dabei hat er nach den psy-

1 *Adomeit*, Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie (1986), S. 147.

2 Das Schrifttum zur Folgenberücksichtigung ist nahezu unübersehbar. Instruktiv der von *Teubner* herausgegebene Sammelband: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe (1995) sowie die von *Hof/Schulte* herausgegebene interdisziplinäre Aufsatzsammlung: Wirkungsforschung zum Recht III, Folgen von Gerichtsentscheidungen (2001). Als Vertreter eines Konzepts der Folgenorientierung sind mit Abstufungen im einzelnen u.a. zu nennen: *Coles*, Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß (1991); *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995); *Feller*, Folgenerwägung und Rechtsanwendung (1998); *Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken (1977), S. 115 ff., 186 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. (1976), S. 331 ff.; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (1981); *Wälde*, Juristische Folgenorientierung (1979); *Rottleuthner*, in: Rotter u.a. (Hg.), Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz (1980), S. 97 ff.; *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht (1977).

3 Zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht vgl. etwa BVerfG vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – BVerfGE 88, 203 f. = NJW 1993, 1751; ferner *Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers (1996); *Huster*, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, ZfRSoz 2003, 3 ff.

4 *Wank*, Juristische Begriffsbildung (1985), S. 85; vor einer Überschätzung der Umformung in Folgeprobleme warnend allerdings *ders.*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (1978), S. 165 ff.; zur Folgenabschätzung durch den Gesetzgeber vgl. *Noll*, Gesetzgebungslehre (1973), S. 120 ff.; *Hof/Lübbe-Wolff*, Wirkungsforschung zum Recht I, Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen (1999). Bereits bei *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Württenberger (Hg.), S. 117 lesen wir: „Daß eine erfolgreiche Gesetzgebung unmöglich ist ohne Kenntnis der Tatsachen und Gesetzmäßigkeiten des sozialen Lebens, welches sie regeln will, das ist so selbstverständlich, daß hier von einem Problem gar nicht die Rede sein kann.“

chologischen, moralischen, technischen, volkswirtschaftlichen, politischen Gegebenheiten zu forschen, in denen diese Interessen verankert sind.“⁵

Kürzer formuliert *Rüthers*: „Die vorhersehbaren Folgen des Gestaltungsprozesses können nicht außer acht bleiben.“⁶ Ähnlich knapp lesen wir bei *Wank*: „Der Interpret hat auch die Aufgabe festzustellen, welche Auslegung welche sozialen Folgen hervorrufen würde.“⁷

Dazu paßt abrundend eine Kommentarstelle aus *Säckers* einleitenden Darlegungen im Münchener Kommentar. „Dieses Verständnis der richterlichen Rechtsfindung als bloße Gesetzesvollziehung hat sich ... als unhaltbar herausgestellt. Der das Recht fortbildende Richter kann die Verantwortung für den Inhalt seiner Entscheidungen insoweit nicht mehr auf das Gesetz abwälzen.“⁸

Dieser unseren heutigen Vorstellungen von Recht und Gesellschaft offenbar adäquate Ansatz, dem es um eine Einbeziehung der Folgen in den Akt der Rechtsgestaltung geht, soll im folgenden näher hinterfragt werden. Zum einen wird seine grundsätzliche Berechtigung im Hinblick auf die richterliche Entscheidungsfindung zu untersuchen sein. Zum anderen soll das Kündigungsrecht als mögliches Einsatzfeld in den Blick genommen werden. Letzteres ist besonders reizvoll, da sich das Kündigungsrecht bekanntlich durch seine geringe normative Determination auszeichnet. Der Gesetzgeber begnügt sich in den entscheidenden Punkten mit vagen Rechtsbegriffen, die der richterlichen Interpretation beträchtliche Wertungsspielräume belassen. Die Kündigungsgründe werden nur benannt, nicht aber inhaltlich näher ausgeführt. Das Kündigungsrecht könnte sich für eine Folgenberücksichtigung aber auch deshalb besonders empfehlen, da hier keineswegs nur die Individualinteressen der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern darüber hinaus die Interessen der Allgemeinheit tangiert sind. Diese sind wiederum ambivalent und vielschichtig. Immer häufiger werden neuerdings die Interessen der Arbeitsplatzsuchenden in den Vordergrund gerückt. *Bayreuther* schrieb hierzu kürzlich in einem Kommentar für die NZA, die Gerichte müßten sich bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts weitaus mehr mit den Folgen der eigenen Entscheidungen auseinandersetzen. Das Kündigungsrecht stelle kein abstraktes Fallrecht dar, das sich grenzenlos perfektionieren ließe, sondern wirke prägend auf die Situation auf dem Arbeitsmarkt.⁹

5 *Deschenaux*, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II (1967), S. 108; zustimmend *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. (2005), S. 220; ferner *Feller* (Fn. 2), passim.

6 *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. (2005), Rn. 330.

7 *Wank*, Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. (2005), S. 99.

8 MünchKomm/Säcker, 5. Aufl. (2006), Einl. BGB Rn. 66. Vgl. ferner *ders.*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (1969), S. 113: „Die vom Richter in den durch keine positivrechtliche Wertung eindeutig geordneten Fällen getroffene Entscheidung kann ... nicht als richtig oder falsch, sondern nur vom 'Wert' des Ergebnisses her als befriedigend oder unbefriedigend, als sachgerecht oder nicht sachgerecht, als vernünftig oder unvernünftig kritisiert werden.“

9 *Bayreuther*, Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes, NZA 2006, 417, 420.

- 7 Die unzureichende Beachtung dieser Zusammenhänge hat vor allem *Rüthers* in diversen Beiträgen angeprangert.¹⁰ *Rüthers* geht von einem engen wirtschaftlichen und unternehmensstrategischen Zusammenhang zwischen der Abschlußfreiheit und der Kündigungsbeschränkung des Arbeitgebers aus. Würde dem Arbeitgeber die Kündigung von Arbeitnehmern aus seiner Sicht unzumutbar erschwert oder verteuert, so werde er Neueinstellungen nach Möglichkeit vermeiden. Statt neue Arbeitsplätze zu schaffen oder bestehende zu erhalten, werde er nach anderen Gestaltungsmöglichkeiten suchen. Hiervor dürfe auch der Arbeitsrichter seine Augen nicht verschließen. In seiner Rechtstheorie schlägt *Rüthers*¹¹ dann den Bogen zur ökonomischen Analyse des Rechts. Die nähere Ausformung des Rechts habe sich auch an den Ergebnissen der Ökonomik, die nach einer möglichst effizienten Mittel- und Ressourcenverwendung frage, auszurichten.¹² Die Wirtschaftswissenschaften bezeichnet *Rüthers* als unverzichtbare Partnerdisziplinen der Rechtswissenschaft.¹³

10 Z.B. *Rüthers*, Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten?, NJW 1998, 1433 ff. und *ders.*, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, 1601 ff.

11 *Rüthers* (Fn. 6), Rn. 305.

12 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. (1998), S. 400 meint, die ökonomische Analyse des Rechts sei in gewisser Weise ein natürlicher Partner für die Befürworter einer Folgenorientierung in der Rechtsanwendung. Zum Thema „Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts“, ferner instruktiv *Kirchner*, in: Hof/Schulte (Fn. 2), S. 33.

13 *Rüthers* (Fn. 6), Rn. 305.

B. Begriff und Verfahren der Folgenberücksichtigung

Was genau unter Folgenorientierung zu verstehen ist, wie sie theoretisch begründet **8** und in der Praxis realisiert werden kann, ist im einzelnen durchaus umstritten. Sozialkybernetik,¹⁴ Rechtsethologie,¹⁵ ökonomische Analyse des Rechts,¹⁶ *Rational Choice Theory*¹⁷ und Spieltheorie¹⁸ sind nur einige Schlagworte, die für bestimmte Richtungen stehen. Nicht wenige Protagonisten der Folgenorientierung sind von US-amerikanischen Theoretikern inspiriert. Diese wiederum sehen den Richter nicht selten in der Rolle eines „Sozialingenieurs“.¹⁹

Ich verstehe die Folgenorientierung in dem Sinne, daß die voraussichtlichen prak- **9** tischen Konsequenzen, also die antizipierten realen Auswirkungen einer bestimmten Auslegungsvariante, in den Entscheidungsprozeß einbezogen werden.²⁰ Im Vordergrund stehen nicht die Rechtsfolgen, sondern die aus ihnen folgenden empirisch beschreibbaren Realfolgen²¹ – und aus diesem Bereich interessieren uns vor allem die Sozialfolgen, weniger die Individualfolgen für die Parteien des konkreten Rechtsstreits.²² Folgenargumente sind also Argumente, die generalisierte Realfolgen der Entscheidung prognostizieren und bewerten.²³ Es geht um externe, außerrechtliche Überlegungen, die zur Rechtfertigung einer zu fällenden Entscheidung herangezogen werden. Ordnet man diese Folgenorientierung der teleologischen Auslegung zu,²⁴ so müssen die Auswirkungen – je nachdem ob sie als erwünscht oder unerwünscht qualifiziert werden – als vom Normzweck umfaßt oder dem Normzweck widersprechend betrachtet werden.

Die Folgenbetrachtung kann in mehrere Stufen zerlegt werden:²⁵ Zunächst muß sich **10** der Entscheider darüber klar werden, welche Folgen überhaupt berücksichtigt wer-

14 Hierzu z.B. Milling (Hg.), *Entscheiden in komplexen Systemen* (2002) und Fischer (Hg.), *Kybernetik und Wissensgesellschaft* (2004).

15 Hof, *Rechtsethologie* (1996); von Rohr, *Evolutionenbiologische Grundlagen des Rechts* (2001).

16 Grundlegend Posner, *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl. (2002); ferner Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. (2004); Eidenmüller (Fn. 12); sehr kritisch Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, JZ 1986, 817, 822 und ders., *Nochmals – Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts*, JZ 1988, 223, 227 f.

17 Kunz, *Rational Choice* (2004).

18 Zum Einstieg: Rieck, *Spieltheorie* (1993); Holler/Illing, *Einführung in die Spieltheorie*, 4. Aufl. (2000); Davis, *Spieltheorie für Nichtmathematiker*, 3. Aufl. (1999); Dixit/Nalebuff, *Spieltheorie für Einsteiger* (1997).

19 Ablehnend beispielsweise Wank (Fn. 4), S. 183.

20 Ähnlich Deckert (Fn. 2), S. 2; Feller (Fn. 2), S. 4.

21 Zur Unterscheidung von Rechtsfolgen und Realfolgen insbes. Lübke-Wolff (Fn. 2), passim.

22 Begrifflichkeit in Anlehnung an Sambuc (Fn. 2), S. 101 ff. Häufig spricht man auch gleichbedeutend von Innenwirkungen und Außenwirkungen, vgl. Wank, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung* (Fn. 4), S. 175; Westerhoff, *Methodische Wertung im Recht* (1974), S. 67; Kilian, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung* (1974), S. 218. Eingehend zu Folgenbegriff und Folgenkategorien Deckert, *Folgenorientierung* (Fn. 2), S. 106 ff. und 113 ff. m.w.N.

23 Deckert, in: Hof/Schulte (Fn. 2), S. 177.

24 Karpen, *Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – methodische Aspekte*, in: Rieble/Junker (Hg.), *Folgenabschätzung im Arbeitsrecht* (2007), S. 29, 35; Wank, *Juristische Begriffsbildung* (Fn. 4), S. 86 f.

25 Detaillierte Verlaufsdarstellungen etwa bei Karpen (Fn. 24), S. 11, 33.

den sollen, ökonomische, soziale, ökologische, welche Fernfolgen ausgeschlossen werden sollen. Diese Vorauswahl stellt eine wichtige Weichenstellung dar. Sodann ist festzustellen, ob die in Aussicht genommenen Folgen voraussichtlich eintreten werden, wenn im Sinne einer Auslegungshypothese entschieden wird, und wie sich die Folgen bei einer anderen Entscheidung darstellen (Folgenprognose). Danach geht es um die Bewertung der Folgen. Im Hinblick auf das Kündigungsrecht könnten beispielsweise die Stabilisierung bestehender Arbeitsverhältnisse und, damit einhergehend, verhältnismäßig niedrige Transaktionskosten, aber auch die Anreizfunktion zur Einstellung bislang arbeitsloser Bewerber als erwünschte Folgen gekennzeichnet werden. Unerwünschte Folgen der Rechtsprechung in Kündigungssachen können beispielsweise in der verstärkten Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung oder aber in der Erhöhung der Kostenbelastung der Arbeitgeber gesehen werden. Zahlreiche weitere Effekte ließen sich nennen. Am Ende steht immer der Entscheidungsakt.

C. Rationalitätsgewinn durch Folgenberücksichtigung?

Für die Berücksichtigung der Folgen wird im methodologischen Schrifttum das **11** Argument vorgebracht, die Begründung einer Wertung durch Rekurs auf die zu erwartenden Folgen stelle einen Rationalitätsgewinn dar; dies insofern, als in vielen Fällen empirische Hypothesen faktisch, aber unausgesprochen für unsere Wertungen entscheidend seien.²⁶ *Karpen* hat diesen Vorzug der Folgenberücksichtigung in seinem Tagungsbeitrag ebenfalls herausgestellt. Die tragenden Folgenerwartungen offenzulegen und sie der Kritik auszusetzen, so wird gesagt, fördere tendenziell einen rationalen Diskurs und erhöhe damit die Konsenschancen. Drastisch zugespitzt meint *Kriele* in polemischer Auseinandersetzung mit den Thesen *Niklas Luhmanns*: „Wenn wir uns der Wahrheit über den Entscheidungsvorgang nicht stellen, so entziehen wir diesen der rationalen Kontrolle und Selbstkontrolle“.²⁷

26 *Podlech*, Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), 185, 197 ff.; *Sambuc* (Fn. 2), S. 123; *Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 227 ff.; *Feller* (Fn. 2), S. 135 f.; kritisch *Böhlk/Unterseher*, Die Folgen der Folgenorientierung, JuS 1980, 323, 324 ff.

27 *Kriele* (Fn. 2), S. 331 ff.

D. Kritische Bemerkungen zum Konzept der Folgenberücksichtigung in der richterlichen Entscheidungsfindung

- 12** Trotz der suggestiven Kraft solcher Aussagen, möchte ich – generell und im besonderen für das Kündigungsrecht – für eine äußerst zurückhaltende Berücksichtigung möglicher Folgen richterlicher Entscheidungen werben. Die folgenden Überlegungen gehen nicht von einer theoretischen und idealisierenden Betrachtung aus, sondern versetzen sich in die Lage der vor einer Entscheidung stehenden gerichtlichen Instanz. Das kann der Kündigungssenat des BAG, aber auch der Arbeitsrichter in Passau sein. Hinzukommen jeweils noch die ehrenamtlichen Richter, die an den zu treffenden Entscheidungen gleichberechtigt mitwirken. Konfrontiert mit einer betriebsbedingten Kündigung überlegt sich das zur Entscheidung berufene Gericht, beispielsweise wie die Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu bewerten ist.²⁸

I. Ausgangspunkt: Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)

- 13** Fragt sich der Richter, woran er sich zuvörderst zu orientieren hat, so fällt sein Blick auf die Verfassung: Die Rechtsprechung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Die in dieser Vorschrift statuierte Bindungswirkung ist allerdings keineswegs so streng, wie der Wortlaut es auf den ersten Blick vielleicht nahelegen mag. Vielmehr betonen die Grundgesetzkommentatoren, daß Art. 20 Abs. 3 GG der dritten Gewalt weder die Gesetzesauslegung noch die rechtsschöpferische Fortentwicklung des Rechts verbiete.²⁹ Die Frage, in welchem Umfang außerrechtliche Faktoren in den Auslegungsprozeß einfließen dürfen, ist verfassungsrechtlich sicherlich nicht vorgegeben, wenngleich Art. 20 Abs. 3 GG wohl tendenziell für eine eher enge normative Anbindung streitet. Aus außerrechtlichen Umständen gewonnene Argumente sind zwar nicht ausgeschlossen, kommen aber – wenn überhaupt – erst jenseits der Bindungskraft der gesetzlichen Regeln in Betracht. *Larenz*, der einer richterlichen Folgenberücksichtigung sehr zurückhaltend gegenübersteht und sie allenfalls bei Grundsatzentscheidungen von großer wirtschaftlicher Bedeutung für geboten hält,³⁰ ist beizupflichten, wenn er schreibt, daß es den Gerichten nicht gestattet sei, die vom Gesetzgeber getroffenen Vorentscheidungen unter Hinweis auf die Folgen umzustößen. In der Frage der Kurzarbeit wird man eine eindeutige gesetzliche Festlegung allerdings nicht annehmen können.
- 14** Wir befinden uns mit diesem Problem, wie *Koch* und *Rüßmann* sich ausdrücken würden, jenseits der Bindung an das vom Gesetzgeber Gesagte und Gewollte.³¹ Aber

28 Nachweise des Meinungsstandes bei *Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. (2005), Rn. 1020 f. und *KR/Etzel*, 7. Aufl. (2004), § 1 KSchG Rn. 531 f.

29 *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 GG Rn. 42.

30 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 364 f.; fortgeführt von *Canaris*, in: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl. (1995), S. 184 f.; ähnlich *Wank*, Juristische Begriffsbildung (Fn. 4), S. 85, der die Befugnis des Richters zur eigenständigen Folgenbewertung nur dort anerkennt, wo es um Rechtsfortbildung geht, der Richter mithin wie ein Gesetzgeber entscheiden muß.

31 *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 230.

auch auf dieser Ebene bestehen m.E. gravierende Bedenken, die richterliche Kognition an den möglichen Realfolgen der in Betracht kommenden Entscheidungsvarianten auszurichten.

II. Problem der Selektion der entscheidungsrelevanten Folgen

Diese Bedenken setzen bereits an der ersten Stufe an, der Selektion der entscheidungsrelevanten Folgen.³² Es besteht bereits kein Konsens, welche Folgen überhaupt berücksichtigungsfähig sind. Man wird hier sicherlich nicht bei ökonomischen Überlegungen stehenbleiben dürfen. Die Bandbreite der möglichen Folgewirkungen auf den verschiedensten Gebieten ist in einer komplexen Entscheidungslage enorm; der Rechtsanwender übersieht sie kaum und greift – entsprechend seinen limitierten Erkenntnismöglichkeiten und seiner Sozialisation – arbiträr-dezisionistisch die eine oder andere Folge auf. Schon hier droht die Gefahr, daß die Gesetzesbindung und die Bindung an eine auf Prinzipien basierende Rechtsdogmatik aufgeweicht und den subjektiven Wertungen des Richters der Vorzug eingeräumt wird. In dieselbe Richtung – nämlich Überforderung wegen Folgenkomplexität – zielt übrigens die Kritik *Niklas Luhmanns* gipfelnd in dem Satz: „Wenn man Folgen als Orientierungs- oder gar Rechtfertigungsgesichtspunkte verwenden will, muß man über Scheuklappen verfügen, die verhindern, daß man alle Nebenfolgen, alle Folgen von Folgen, etwaige Schwelleneffekte aggregierter Folgen einer Vielzahl von Entscheidungen usw. in den Blick bekommt ... Und mit einer Bewertung der Folgen, ja selbst mit Wertkonsens ist ebenfalls nicht geholfen, weil das Problem schon in der Selektion der Folgen liegt, die zur Bewertung herangezogen werden.“³³

Auch müßte man sich Klarheit darüber verschaffen, ob nur direkte oder auch eher entferntere – dafür aber evtl. klar prognostizierbare – Folgen berücksichtigungsfähig sind und wo ggf. die Grenze verläuft.

Ein schönes Beispiel hat jüngst *Gamillscheg* geliefert und damit eine lebhaftete Diskussion angestoßen. *Gamillscheg* stellt folgenden Zusammenhang her: Werde die Grenze des Kündigungsschutzgesetzes weiter angehoben, so gingen weitere Millionen von Arbeitnehmern Tag für Tag mit dem Gefühl der Wehrlosigkeit zur Arbeit, daß ihnen an diesem wie an allen künftigen Tagen der Stuhl vor die Tür gesetzt werden könne, wie tüchtig und angestrengt und treu sie auch arbeiteten. Noch mehr jüngere Paare würden dann wohl auf das zweite Kind verzichten.³⁴ *Zachert* hat dies in einem Editorial für die NJW aufgegriffen und diesen Zusammenhang erhärtet.³⁵ Muß also der Richter, wenn er über die Anforderungen an eine Kündigung außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes entscheidet, diese Folge mitbedenken, und in Zweifelsfällen den Kündigungsschutz auf der Grundlage der §§ 138

32 Dies konstatiert auch *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 35.

33 *Luhmann* (Fn. 32), S. 35; kritisch hierzu *Koch/Rußmann* (Fn. 31), S. 233 ff.; *Kriele* (Fn. 2), S. 331 ff.; *Lübbe-Wolff* (Fn. 2), S. 11 ff.

34 *Gamillscheg*, 50 Jahre deutsches Arbeitsrecht im Spiegel einer Festschrift, RdA 2005, 79, 82 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch *G. Huber*, Beschäftigungsfördernder Wunschkatalog, NZA 2005, 1340, 1341, der befristete Arbeitsverhältnisse als Geburtenhemmnis bezeichnet.

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

und 242 BGB ausweiten? Kaum jemand unter uns würde hierfür eintreten wollen, selbst wenn dieser Zusammenhang nachweisbar bestehen sollte.

- 17 Die Folgenüberlegungen ließen sich im übrigen beliebig erweitern. Ist es nicht so, daß Arbeitnehmer in stärker bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen motivierter zur Arbeit gehen? Das wäre eine positive gesellschaftliche Folge. Sie könnte aber auch in bare Münze umgerechnet werden, ist es doch naheliegend, daß sich der Motivationsfaktor auch in einer höheren Produktivität niederschlagen wird. Wer entscheidet hier eigentlich, welcher Zusammenhang berücksichtigungsfähig ist und welcher nicht? Gehört dazu auch die Akzeptanz bei dem entsprechenden Adressatenkreis, so wie *Karpen* das in seinem Tagungsbeitrag vertreten hat?³⁶ Ich hätte da meine Zweifel! Die Antwort kann nach meinem Dafürhalten nur in der grundsätzlichen Ignorierung all solcher Folgen liegen. Von einigen Ausnahmen wird noch zu berichten sein.

III. Problem der Folgenprognose

- 18 Ich gehe einen Schritt weiter und unterstelle im folgenden einmal, daß es dem Richter – wie auch immer – gelungen ist, die möglicherweise entscheidungsrelevanten Folgen in den Blick zu nehmen. Er wird sich dann vor die Frage gestellt sehen, ob die von ihm *prima vista* vermuteten Wirkungszusammenhänge einer wissenschaftlichen Überprüfung standhalten. Hier zeigt sich ganz offensichtlich ein Kompetenzproblem.³⁷ *Pawlowski* hat recht, wenn er sagt: „Wer meint, daß man von Juristen nicht nur die Fähigkeit zu (kompetenten) juristischen Urteilen erwarten könne, sondern daneben auch noch die Kompetenz zu einigermaßen fundierten psychologischen oder ökonomischen Prognosen, überschätzt die tatsächlichen Möglichkeiten.“³⁸
- 19 Ist der Richter aber für die realwissenschaftlichen Prognosen nicht kompetent, so müßte er ggf. wissenschaftliche Gutachten bei Sachverständigen in Auftrag geben, sich mit diesen auseinandersetzen usw.³⁹ Das kostet viel Zeit und Geld. Oftmals fehlt es schlicht schon an entsprechenden Forschungsergebnissen. Seriöse richterliche Entscheidungsfindung müßte sich also schwerpunktmäßig auf Felder verlagern, die der Richter von seiner Ausbildung her nicht überblicken kann. Die Gefahr, daß sich der Richter auf all das nicht einläßt, sondern die seiner ungeprüften subjektiven Einschätzung entsprechenden Wirkungsfolgen unterstellt, die Wahrscheinlichkeit ihres

36 Vgl. hierzu *Würtenberger*, Die Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen, in: Hof/Schulte (Fn. 2), S. 201 ff.

37 Vgl. hierzu auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Fn. 4), S. 172.

38 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. (1999), S. 14; ähnlich *Larenz* (Fn. 30), S. 365, der hierzu bemerkt, daß die Gerichte meist gar nicht in der Lage seien, die Folgen richtig zu übersehen. Ebenso *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996), S. 29 und *Heldrich*, Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie III (1972), S. 307, 337.

39 *Böhlk/Unterseher* (Fn. 26), 323, 325 präsentieren einen ganzen Katalog von Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um den Richter in die Lage zu versetzen, kompetent über die soziale Realität und ihre Kausalbeziehungen zu urteilen.

Eintritts und ihrer Intensität selbst beurteilt, ist unübersehbar. Man spricht hier etwas abschätzig auch von „Alltagstheorien“.⁴⁰

Hinzukommt, das sei hier für das Kündigungsschutzverfahren noch besonders vermerkt, daß im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren die Verhandlungsmaxime gilt, es also allein die Parteien dieses – aus übergeordneter Warte betrachtet – eher zufälligen Rechtsstreits⁴¹ sind, die den tatsächlichen Stoff vortragen und das Gericht auch nur vorgebrachte Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen darf.⁴² Das bedeutet, daß das Arbeitsgericht schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht befugt ist, eigeninitiativ eine umfassende Aufklärung möglicher Wirkungszusammenhänge zu betreiben.

IV. Exkurs: Beschäftigungspolitische Auswirkungen des Kündigungsrechts

Ich komme nochmals auf mein Kündigungsbeispiel – Stichwort Kurzarbeit – zurück. Der die Folgen seiner Entscheidung bedenkende Richter müßte sich nun Klarheit über einige grundsätzliche Wirkungszusammenhänge des Kündigungsrechts verschaffen. Vor allem die beschäftigungspolitischen Folgen seiner Entscheidung würden ihn voraussichtlich interessieren.

Erwartungsfroh konsultiert er zunächst – wie er das auch sonst zu tun pflegt – das arbeitsrechtliche Schrifttum. Die Sichtung der literarischen Stellungnahmen fördert einen disparaten Meinungsstand zutage. Einerseits wird dort die Ansicht vertreten, das bundesdeutsche Kündigungsrecht in seiner heutigen Ausgestaltung durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung wirke beschäftigungshemmend, da Unternehmen angesichts der Schwierigkeiten, in schlechteren Zeiten wieder Personal abzubauen, vor Neueinstellungen zurückschreckten.⁴³ Der Arbeitgeber behelfe sich vor diesem Hintergrund mit Überstunden, Leiharbeit oder Auftragsvergabe an Dritte. Auf der anderen Seite stehen Autoren, die die beschäftigungspolitische Wirkung des Kündigungsrechts für eher gering halten und stattdessen auf positive gesellschaftliche Wirkungen verweisen.⁴⁴ Schon die Existenz eines ausgeführten Kündigungsschutzes entlaste die Arbeitnehmer tendenziell von der Sorge vor unvermitteltem Verlust des

40 Als „Alltagstheorien“ werden ungeprüfte Behauptungen in Urteilsbegründungen über die Realität, die sich angesichts sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse häufig als unhaltbar erweisen, bezeichnet. Vgl. *Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 28. Der Ausdruck wird vielfach verwendet, so z.B. von *Sambuc* (Fn. 2), S. 131; *Rüthers* (Fn. 6), Rn. 304; *Kramer* (Fn. 5), S. 148.

41 Dazu, daß der übliche Zugang zum Gericht über den Fall nicht garantiert, daß die richtigen Themen und die richtigen Fälle vor die Gerichte gelangen, *Wank*, Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung (Fn. 4), S. 181.

42 *Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Aufl. (2004), Einleitung ArbGG Rn. 178.

43 *Rüthers* (Fn. 10), 1601, 1604; *Bauer*, Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung, NZA 2005, 1046; *ders.* schon in: Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529 ff.; *Buchner*, Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, 533, 536; *Söllner*, GS für Heinze (2005), S. 867, 876.

44 *G. Huber* (Fn. 34), 1340 ff.; moderat in diese Richtung tendierend auch *APS/Preis*, 2. Aufl. (2004), Grundlagen B. Rn. 36.

Arbeitsplatzes und erhöhe damit ihren Arbeitseinsatz.⁴⁵ Für die eher geringe beschäftigungspolitische Bedeutung des Kündigungsrechts werden auch die Erfahrungen mit diversen Kurskorrekturen in den 1990er Jahren angeführt.⁴⁶

- 23** Hin- und hergerissen sucht unser Arbeitsrichter Rat bei Ökonomen. Diese sagen ihm, daß ein strengerer Kündigungsschutz die Kosten von Entlassungen erhöhe,⁴⁷ also eine beschäftigungspolitisch unerwünschte Steigerung der Lohnnebenkosten die Folge sein könnte. Auf der anderen Seite, so erfährt unser Arbeitsrichter, werden damit Entlassungen – aber auch Einstellungen – tendenziell vermieden, was zu längeren Betriebszugehörigkeiten und niedrigeren Transaktionskosten führt.⁴⁸ Auch im übrigen ergibt sich kein klares Bild: Der Sachverständigenrat hat mehrfach auf den Zusammenhang zwischen dem Grad der Arbeitsmarktregulierung und der Beschäftigung aufmerksam gemacht. Das letzte Jahresgutachten führt aus: „Ein rigider Kündigungsschutz schützt die Arbeitsplatzbesitzer, hemmt den Wechsel aus Arbeitslosigkeit in ein Beschäftigungsverhältnis und trägt auf diese Weise zur Verfestigung der Arbeitslosigkeit bei. Erforderlich ist daher eine weitere Liberalisierung ...“.⁴⁹ Die bekannte Studie von *Franz* ist da vorsichtiger:⁵⁰ *Franz* kommt zu dem Ergebnis, daß wenig dafür spricht, daß das Arbeitsrecht in hohem Maße ursächlich an der Zunahme der strukturellen Arbeitslosigkeit beteiligt war bzw. ist.⁵¹ In diese Bewertung schließt er den Kündigungsschutz ausdrücklich ein.
- 24** Unser Arbeitsrichter vergräbt sich sodann in eine beachtenswerte Studie interdisziplinären Zuschnitts: das Buch von *Elke Jahn* mit dem Titel: „Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes“.⁵² Die Verfasserin kommt in dieser Studie zu dem Ergebnis, daß sich ein signifikanter Einfluß des Kündigungsschutzes auf die aggregierten Arbeitslosenquoten nicht nachweisen lasse, staatlicher Kündigungsschutz aber sehr wohl den Anteil der Langzeitarbeitslosen erhöhe und die durchschnittliche Dauer der Arbeitslosigkeit verlängere. Als weitere Informationsquelle zu diesem Thema bietet sich die ebenfalls interdisziplinär angelegte Schrift von *Hennig von Klitzing* an, die den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz einer

45 *Däubler*, Beschäftigungssicherung durch Kündigungsschutz, AiB 2002, 457, 458 f.; *ders.*, in: Blank (Hg.), Arbeitsrecht im 21. Jahrhundert (1999), S. 13, 23; so immerhin auch das Jahresgutachten 1989/90 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Drucks. 11/5786, S. 171, Ziff. 367. Auch der Benchmarking Bericht Deutschland: Arbeitsmarkt und Beschäftigung (Bericht der Arbeitsgruppe Benchmarking und der Bertelsmann Stiftung, 2001), S. 164 konzediert, daß Regelungen zum Beschäftigtenschutz produktivitätssteigernd sein können.

46 APS/*Preis* (Fn. 44), Grundlagen B. Rn. 31.

47 Benchmarking Bericht Deutschland (Fn. 45), S. 176; ebenso APS/*Preis* (Fn. 44), Grundlagen B. Rn. 7.

48 Benchmarking Bericht Deutschland (Fn. 45), S. 176.

49 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2005/06 Rn. 316. Ausführlicher das Jahresgutachten 2003/04 Rn. 676 ff.

50 *Franz*, Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht, ZfA 1994, 439 ff.

51 *Franz* (Fn. 50), 439, 449 und 459 f.

52 *Jahn*, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes (2002); zuvor bereits *Nolte*, Institutionen-ökonomische Analyse von Kündigungsschutzregelungen – ein Beitrag zur Reform des Arbeitsrechts (2001), wo übrigens auch positive Effizienzwirkungen des Kündigungsschutzes konstatiert werden.

ordnungsökonomischen Analyse unterzieht.⁵³ Das geltende Bestandsschutzsystem, das nach Ansicht des Verfassers ganz wesentlich durch die Regelsetzung der Rechtsprechung geprägt ist, wird als in weiten Teilen ordnungsökonomisch irrational eingestuft. Es benachteiligt tendenziell Arbeitssuchende und Arbeitnehmer ohne Normalarbeitsverhältnis. Negativ bewertet wurden in dieser Studie ferner zahlreiche durch die Rechtsprechung herausgebildete Institute wie etwa das Prognoseprinzip, das Abmahnnerfordernis bei verhaltensbedingten Kündigungen, der Wiedereinstellungsanspruch und die restriktive Rechtsprechung zur Änderungskündigung. Die Ergebnisse dieser Arbeit decken sich teilweise mit den Erkenntnissen der Studie von *Jahn*. Mangels fundierter wirtschaftswissenschaftlicher Kenntnisse dürfte sich der entscheidende Richter jedoch zu einer abschließenden Bewertung dieser Studien nicht in der Lage sehen. Darüber, ob der gewählte Forschungsansatz richtig ist und ob die überhaup komplexen Wirkungszusammenhänge zutreffend erfaßt und analysiert worden sind, wird er sich ein abschließendes Urteil nicht zutrauen. Jedenfalls bedürfte es hierfür einer eingehenden Auseinandersetzung mit der in den Arbeiten zitierten Sekundärliteratur.

Unser Arbeitsrichter, immer noch um Folgenberücksichtigung bemüht, fragt sich nun, 25 ob man nicht auf empirische Studien zurückgreifen kann, die weitere Schlüsse gestatten könnten. Schnell bemerkt er, daß die letzte empirische Erhebung aufgrund repräsentativer Umfragen aus dem Jahre 1981 stammt und auf Untersuchungen aus den Jahren 1978-1980 zurückgeht.⁵⁴ Angesichts der zwischenzeitlich erfolgten sozialen Umbrüche dürfte der Aussagewert dieser Studie stark gesunken sein. Belastbares Zahlenmaterial aus neuerer Zeit, das eine Gesamtbewertung des Kündigungsrechts und insbesondere seiner beschäftigungspolitischen Wirkungen erlaubt, gibt es nicht. Unser Arbeitsrichter konsultiert dann zwar noch die von *Pfarr* u.a. vorgelegte Regam-Studie des WSI in der *Hans-Böckler-Stiftung*⁵⁵ und erste Forschungsergebnisse des Projekts von *Höland*,⁵⁶ beides verdienstvolle Beiträge, die – wie er vielleicht schon erwartet hatte – einen Zusammenhang zwischen den Kündigungshürden und der Beschäftigung im Ergebnis negieren. Letzte Gewißheit verschaffen ihm jedoch auch diese Studien nicht.

Unser Arbeitsrichter stößt nun auf den vom sog. Bündnis für Arbeit⁵⁷ in Auftrag ge- 26 gebenen und von der Bertelsmann-Stiftung geförderten Bericht der Arbeitsgruppe Benchmarking Deutschland.⁵⁸ Die Verfasser betonen, daß es schwierig sei, arbeits-

53 von *Klitzing*, *Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes* (2004).

54 *Falke/Höland/Rhode/Zimmermann*, in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hg.), *Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland* (Forschungsbericht Nr. 47 der Reihe „Arbeitsrecht“, 2 Bde., 1981); Kurzfassung in RdA 1981, 300 ff.

55 *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, *Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit* (2005), insbes. S. 36 ff. und 91 f. Zuvor mehrere Teilberichte von *Pfarr* u.a. in BB 2003, 2061 ff.; 2286 ff.; 2622 ff.; 2004, 106 ff.; 325 ff.; 602 ff.

56 *Höland*, *Wirklichkeit und Wahrnehmung des Kündigungsschutzes in den Arbeitsgerichten*, WSI-Mitteilungen 2005, 561.

57 Vgl. die von der Bundesregierung unter Kanzler Gerhard Schröder sowie von Repräsentanten der Wirtschaftsverbände und der Gewerkschaften abgegebene Erklärung zu einem „Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit“ vom 7.12.1998.

58 Benchmarking Bericht Deutschland (Fn. 45).

rechtliche Regulierungen auf die beschäftigungspolitische Performanz zu isolieren und institutionelle Wechselwirkungen mit anderen Politikfeldern sowie funktionale Äquivalente zur Arbeitsmarktregulierung abzubilden.⁵⁹ Sie sehen sich auch nach Auswertung diverser Studien und Ländervergleiche zu keiner eindeutigen Diagnose in der Lage, sondern geben nur eine vorsichtige Einschätzung ab. Die Bedeutung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen scheint ihnen für die Höhe der Arbeitslosigkeit insgesamt eher unbestimmt zu sein, während sie den arbeitsrechtlichen Regelungen einen gewissen Einfluß auf die Struktur der Beschäftigung und der Arbeitslosigkeit beimessen.⁶⁰

- 27** Weitere Studien – etwa diejenige der OECD⁶¹ oder eine Erhebung der Europäischen Kommission⁶² und die Vorschläge des Kronberger Kreises⁶³ wertet unser Arbeitsrichter aus Zeitgründen nicht mehr aus. Ihm leuchtet vielmehr die *conclusio* von *Abbo Junker* in seinem Gutachten zum 65. Deutschen Juristentag ein, wonach empirische Studien, die belegen wollen, daß kaum ein Mittelständler sich durch Lockerung des Kündigungsschutzes zur Einstellung von Personal bewegen läßt, ebenso wenig belastbar sind wie Untersuchungen, die auf das gegenteilige Ergebnis zusteuern.⁶⁴
- 28** Vor diesem Hintergrund entscheidet sich unser Arbeitsrichter dafür, seine Folgenbetrachtung an dieser Stelle abzubrechen. Seine – und übrigens auch meine – persönliche Meinung zu alldem ist, daß von einer spürbaren Belebung des Arbeitsmarktes durch eine Zurückführung des Kündigungsschutzes wohl nicht ausgegangen werden kann,⁶⁵ wohl aber viel dafür spricht, daß ein rigides Kündigungsrecht zu einer geringeren externen Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt, zu einem verfestigten Bestand an Erwerbslosen und damit in letzter Konsequenz zu einer Segmentierung des Arbeitsmarktes führt. Die rhetorische Frage, die *Hanau* an *Rüthers* gerichtet hat, ob *Wilhelm Herschel* mitschuldig an der Massenarbeitslosigkeit ist,⁶⁶ dürfte nach alledem eher zu verneinen sein. Übrigens ein schönes Beispiel für eine retrospektive Folgenbetrachtung.
- 29** Daß die generelle Bewertung der beschäftigungspolitischen Implikationen des geltenden Kündigungsrechts in seiner richterrechtlichen Ausprägung – wie gesehen – höchst kompliziert ist und zudem derzeit empirisch nicht hinreichend abgesichert ist, heißt nicht, daß nicht punktuell unerwünschte Folgewirkungen einzelner Re-

59 Benchmarking Bericht Deutschland (Fn. 45), S. 181 f.

60 Benchmarking Bericht Deutschland (Fn. 45), S. 191.

61 OECD „Employment Outlook“ (1999); dazu *Rebhahn*, Abfindung statt Kündigungsschutz? – Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, 272 ff.

62 „Performance of the European Union labour market“, in: European Economy, Reports and studies, 2000, Nr. 4, Teil A, Annex III.

63 *Kronberger Kreis*, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt (Schriftenreihe Bd. 41, 2004).

64 *Junker*, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen – Differenzierung nach der Unternehmensgröße? – Familiengerechte Strukturen, Gutachten B zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. B 53. Vgl. hierzu auch *Weiss*, in: Blank (Hg.), Muß der Kündigungsschutz reformiert werden? (2003), S. 71: „In dieser modernen Welt der ‘neuen Unübersichtlichkeit’ ist es schiere Illusion zu meinen, man könne durch Empirie eine exakte Folgenabschätzung erreichen.“

65 Ebenso *APS/Preis* (Fn. 44), Grundlagen B. Rn. 36.

66 *Hanau*, Noch einmal: – Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten?, NJW 1998, 1895.

gelungen ausgemacht werden können. Ich muß mich aus Zeitgründen auf ein Beispiel beschränken, nämlich den Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte und werdende Mütter (§§ 85-92 SGB IX und § 9 MuSchG). Ökonomen, die sich – wie beispielsweise *Wolfgang Franz*⁶⁷ – mit dieser Thematik befassen, weisen darauf hin, daß ökonomisch effizient handelnde Unternehmen nach Möglichkeit die Beschäftigung solcher überproportional geschützter Arbeitskräfte vermeiden werden, mit der Folge erheblich reduzierter Einstellungschancen. Leider sparen viele empirische Studien den Sonderkündigungsschutz aus, so daß auch hier verlässliches Datenmaterial nicht vorliegt. Die Beschäftigungsquote behinderter Menschen (etwa 4 %) und die Arbeitslosenquote (etwa 16,4 %) liegen außerhalb des von der Politik für vertretbar erachteten Rahmens. Der Parlamentarische Staatssekretär im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Thönnies*, erklärte vor kurzem: „Für ein Gemeinwesen, das sich auf Grundwerten wie Solidarität, Chancengleichheit, Teilhabe und soziale Gerechtigkeit gründet, ist es völlig unakzeptabel, daß weiterhin über 35.000 beschäftigungspflichtige Arbeitgeber keinen einzigen schwerbehinderten Menschen beschäftigen.“⁶⁸

Um diesem Mißstand abzuhelpen, müßte m.E. überlegt werden, ob der Sonderkündigungsschutz nicht eine Ursache der schlechten Arbeitsmarktchancen von Schwerbehinderten darstellt. Seine prohibitive Wirkung dürfte nicht allein in der Kündigungsschranke, sondern daneben auch in der komplizierten Zweispurigkeit des Rechtswegs und der hieraus resultierenden Länge des Kündigungsverfahrens begründet liegen. Die m.E. gebotene Rückführung des Sonderkündigungsschutzes sollte – wie dies etwa *Gravenhorst* vorgeschlagen hat⁶⁹ – flankiert werden von einem besonderen Anreizsystem in Form finanzieller Entlastungen im Fall der Beschäftigung von Behinderten.

Besonders fatal an der derzeitigen Ausgestaltung des Kündigungsrechts erscheint mir im übrigen, daß der Sonderkündigungsschutz nicht zwischen einer Beendigungs- und einer Änderungskündigung differenziert. Die interne Flexibilität einzuengen ist kontraproduktiv – da tendenziell bestandsgefährdend – und entbehrt einer überzeugenden sachlichen Begründung.⁷⁰ Vor allem bei Massenänderungskündigungen erweist sich diese Privilegierung als besonders problematisch. Hier korrigierend einzugreifen, ist allerdings trotz der offen zutage liegenden negativen Folgen nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern des Gesetzgebers.⁷¹ Dieser muß sich verstärkt um eine Folgenanalyse bemühen und die hieraus gebotenen Konsequenzen ziehen. Die kürzlich erfolgte Novellierung des Schwerbehindertenrechts⁷² sollte nicht der letzte Schritt gewesen sein.

67 *Franz* (Fn. 50), 439, 453 ff.

68 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 12.6.2006.

69 *Gravenhorst*, Plädoyer für einen Systemwechsel beim Sonderkündigungsschutz behinderter Arbeitnehmer, NZA 2005, 803 ff.; ebenso *Bauer* (Fn. 43), 1046, 1047; kritisch gegenüber dem derzeit geltenden Sonderkündigungsschutz auch *APS/Preis* (Fn. 44), Grundlagen B., Rn. 37 ff.

70 Wie hier *Hromadka*, Änderung von Arbeitsbedingungen, RdA 1992, 234, 257.

71 A.A. *Hromadka* (Fn. 70), 234, 257, der eine Interpretation der Vorschriften über den Sonderkündigungsschutz in dem Sinne fordert, daß Änderungskündigungen frei bleiben.

72 Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23.4.2004, BGBl I, S. 606; hierzu *Cramer*, Die Neuerungen im Schwerbehindertenrecht des SGB IX, NZA 2004, 698.

V. Problem der Bewertung der Entscheidungsfolgen

- 32** Gehen wir nun einen Schritt weiter und fragen uns, wie der Richter, nachdem er die relevanten Realfolgen ausgewählt und – ggf. mit sachkundiger Hilfe – ihre Eintrittswahrscheinlichkeit festgestellt hat, diese Resultate evaluieren will. Er benötigt Kriterien, mit Hilfe derer er die Folgen bewerten kann. Man spricht auch von einer Zielstruktur. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß in der Regel mehrere Zielaspekte mit oft komplexem Verhältnis die Bewertungsakte bestimmen.⁷³ Die theoretischen Entwürfe, die hier im Schrifttum entwickelt worden sind, täuschen m.E. darüber hinweg, daß es keine allgemein konsensfähigen Kriterien gibt.⁷⁴ Im übrigen erscheinen mir diese – teils mathematisierten – Modelle für die richterliche Entscheidungsfindung, auch auf höchster Ebene, kaum praktikabel.
- 33** Lassen sich mich die Schwierigkeiten auf dieser Stufe nochmals anhand eines kleinen Beispielsfalles veranschaulichen. Es soll um die Berechtigung einer Kündigung gehen, die der Arbeitgeber ausgesprochen hat, nachdem der betreffende Arbeitnehmer die zuständigen Behörden darüber in Kenntnis gesetzt hatte, daß Mitarbeiter des Unternehmens fortlaufend Abfälle illegal entsorgten. Die Kernfrage lautet, ob sich der Arbeitnehmer vertragswidrig verhalten hat. Die bisherige – durchaus kontroverse – Diskussion solcher *whistle-blower*-Fälle⁷⁵ zeichnete sich immerhin dadurch aus, daß sie ihren Ausgang von der Pflichtenlage im Arbeitsverhältnis nahm und die Verhaltensweise des Arbeitnehmer anhand normativer Maßstäbe diskutierte (Rechtsstaatsprinzip, Wahrnehmung berechtigter Interessen, Petitionsrecht, Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers usw.). Die Folgenorientierung würde hier wohl zu einer Verbreiterung der zu berücksichtigenden Realfolgen führen: Es müßte jetzt beurteilt werden, wie hoch der weiterhin eintretende Schaden wäre, wenn die Umweltdelikte nicht zur Anzeige gebracht worden wären. Dann müßte wohl hochgerechnet werden, welchen Nutzen es für die Umwelt ganz allgemein hätte, wenn die Behörden über Umweltvergehen von Unternehmen regelmäßig durch Mitarbeiter in Kenntnis gesetzt würden. Evtl. wäre dies ein beachtlicher Beitrag zum Umweltschutz, also eine erwünschte Folge auf eine Rechtsprechung, die hierin keine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung sähe. Man sieht an diesem Beispiel übrigens sehr schön, was auch *Niklas Luhmann* diagnostizierte: Je mehr Raum man dem Folgenkalkül gibt, desto höher die Zahl und Verschiedenartigkeit von Ereignissen, die im System Informationsverarbeitungsprozesse auslösen (Varietät).⁷⁶ Das Problem, um das es mir geht, besteht nun aber darin, die konstatierte Realfolge zu bewerten und zu anderen – ggf. gegenläufigen – in Beziehung zu setzen. Hierfür

⁷³ *Wälde* (Fn. 2), S. 68.

⁷⁴ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Lübbe-Wolff* (Fn. 2), S. 137: „... gehe ich davon aus, daß weder die Probleme der Feststellung noch die Probleme der Bewertung der Realfolgen rechtlicher Regelungen durch Auffindung irgendwelcher Kriterien oder Verfahren lösbar sind, deren Anwendung konsensfähige oder gar konsenspflichtige Ergebnisse garantiert. Von philosophischen Bemühungen um Verfahren der 'Letztbegründung' normativer Regeln nehme ich deshalb Abstand“

⁷⁵ Hierzu aus neuerer Zeit BVerfG vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 – AP Nr. 170 zu § 626 BGB = NZA 2001, 888; BAG vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – BAGE 107, 36 = NZA 2004, 427; kritisch gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des BAG insbes. *Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen* (Fn. 29) Rn. 689 ff.; eingehend ferner *Müller*, *Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?*, NZA 2002, 424 ff.

⁷⁶ *Luhmann*, *Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form*, in: *Teubner* (Fn. 2), S. 19, 28.

müßte wohl auch der Schaden ermittelt werden, der dem Arbeitgeber und damit der gesamten Belegschaft aus der Anzeige erwächst (Betriebsschließung, damit einhergehend Arbeitsverlust). Welcher Wert kommt also den angesprochenen Umweltschutzaspekten in der Zielstruktur zu? Auch hier zeichnet sich m.E. eine Überforderung des Richters ab, dem es an normativen Maßstäben mangelt. Er wäre in solchen Fällen wohl besser beraten, das Faß der Folgenbetrachtung nicht aufzumachen und die Diskussion eng und möglichst normativ geleitet zu führen.

E. Ausnahmsweise Zulässigkeit der Folgenberücksichtigung

- 34** Um nicht falsch verstanden zu werden: Den Gerichten das Instrument der Folgenanalyse und -berücksichtigung gänzlich aus der Hand zu nehmen, wäre lebensfremd und auch von dem hier vertretenen methodischen Ausgangspunkt her nicht gefordert. Überlegungen zu den Folgen bestimmter Entscheidungsvarianten sind immer dann zulässig und geboten, wenn die Norm den Rechtsanwender hierzu auffordert oder die *ratio legis* zumindest auch in der Herbeiführung gewisser Außenwirkungen liegt.⁷⁷
- 35** Ein Beispiel für eine vom Gesetz ausdrücklich vorgeschriebene Folgenberücksichtigung findet sich in § 112 Abs. 5 BetrVG.⁷⁸ Es geht um die Aufstellung eines Sozialplans durch die Einigungsstelle. Nach Nr. 2 hat die Einigungsstelle die Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen. Die Begründung des Regierungsentwurfs führt hierzu aus: Für die Leistungsbemessung kommt es „nicht auf die tatsächlich entstehende Arbeitslosigkeit, sondern auf eine entsprechende Prognose für einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern an.“⁷⁹
- 36** Die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse durch den Richter verlangt ferner § 3 Abs. 2 AGG, wenn es um die Feststellung einer mittelbaren Benachteiligung geht. Eine solche setzt voraus, daß dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines verpönten Differenzierungsmerkmals (§ 1 AGG) gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Auch wenn ein bestimmtes Zahlenverhältnis für den statistischen Nachweis, daß tatsächlich ein wesentlich höherer Anteil der Träger des verpönten Differenzierungsmerkmals nachteilig betroffen ist, in Übereinstimmung mit der Richtlinie nicht vorgegeben wird, so bedarf es doch einer plausiblen Einschätzung der Sachlage. Der Richter muß hier also die faktischen Folgen einer bestimmten, nicht primär an ein verpöntes Differenzierungsmerkmal anknüpfenden Maßnahme beurteilen.⁸⁰ Auch dies kann man als Folgenberücksichtigung in einem weiteren Sinn verstehen.
- 37** Denkbar ist es ferner, daß sich aufgrund der dogmatischen Erfassung eines Rechtsgebiets Rechtsprinzipien formulieren lassen, die eine prospektive Folgenbetrachtung gebieten.⁸¹ Ich denke dabei an das von der Rechtsprechung⁸² und weiten Teilen des Schrifttums⁸³ akzeptierte Prognoseprinzip im Kündigungsrecht, demzufolge es für die

⁷⁷ *Raisch*, Juristische Methoden (1995), S. 185 f.

⁷⁸ Weitere Beispiele bei *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Fn. 4), S. 177.

⁷⁹ BT-Drucks. 10/2102, S. 27.

⁸⁰ *Annuß*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629, 1631.

⁸¹ Wie hier auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Fn. 4), S. 178.

⁸² BAG vom 10.11.1988 – 2 AZR 215/88 – AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung = NZA 1989, 633; BAG vom 16.8.1991 – 2 AZR 604/90 – AP Nr. 27 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung = NZA 1993, 17; BAG vom 21.11.1996 – 2 AZR 357/95 – AP Nr. 130 zu § 626 BGB = NZA 1997, 487; BVerfG vom 21.2.1995 – 1 BvR 1397/93 – BVerfGE 92, 140 = NZA 1995, 619, 621.

⁸³ *Herschel*, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsgrundes, FS für Gerhard Müller (1981), S. 191, 202 f.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (1987), S. 322 ff.; *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht (1993), Rn. 28 ff.; *KR/Fischermeier* (Fn. 27), § 626 BGB Rn. 110 ff., abl. *Rüthers/Müller*, Anm. EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41 und *Rüthers* (Fn. 10), 1433.

Rechtfertigung einer Kündigung auf die zukünftigen Auswirkungen vergangener oder gegenwärtiger Ereignisse ankommt.

Ebenso verdient es der Gesichtspunkt der Praktikabilität als legitime Überlegung **38** über die Folgen einer richterlichen Entscheidung anerkannt zu werden. Denn bei der Praktikabilität handelt es sich regelmäßig um einen Haupt- oder Nebenzweck der Norm.⁸⁴

In engem Zusammenhang hierzu und damit in einer gewissen Nähe zur Folgenberücksichtigung steht dann auch das *argumentum ad absurdum*. Dabei handelt es sich um ein altvertrautes, rhetorisch besonders überzeugendes teleologisches Argument. Es wird eingesetzt, wenn belegt werden soll, daß eine denkbare Interpretationsvariante zu unhaltbaren, ja geradezu absurden Ergebnissen führt, die der vom Gesetzgeber der Norm zgedachten *ratio* nicht entsprechen können und nicht als Bestandteil einer sinnvollen Ordnung angesehen werden können.⁸⁵ **39**

Schließlich würde ich noch konzedieren, daß der Spielraum der obersten Gerichte im Hinblick auf die ihnen zugewiesene Aufgabe der Rechtsfortbildung (vgl. etwa § 132 Abs. 4 GVG; § 45 Abs. 4 ArbGG) im Einzelfall etwas weiter abgesteckt werden kann, ohne daß ihnen die Freiheiten zuzugestehen sind, die dem Gesetzgeber zukommen.⁸⁶ **40**

Im übrigen aber bleibt es dabei, daß Folgen, für die der Normtext und seine an den *canones* ausgerichtete Interpretation nichts hergeben, nicht berücksichtigt werden dürfen.⁸⁷ Dem individuellen Kündigungsschutzrecht wird man eine auf den Normzweck gründende Auslegungsdirektive des Inhalts, daß bestimmte beschäftigungspolitische Effekte außerhalb des konkreten bipolaren Rechtsverhältnisses zu beachten sind, nicht entnehmen können. Schon *Herschel* hat zu Recht herausgestellt, daß das Kündigungsschutzgesetz gegenüber den Schwankungen des Arbeitsmarktes neutral sei, da es bewußt ohne Rücksicht auf irgendeine Konstellation des Arbeitsmarktes erstellt worden sei.⁸⁸ Ordnungspolitische Grundentscheidungen sollten dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Der Richter ist demgegenüber gut beraten – darin ist *Ulrich Preis* zu folgen – das Kündigungsschutzgesetz „aus sich heraus“ auszulegen, „ohne in der einen oder anderen Richtung mit Blick auf die beschäftigungspolitischen Auswirkungen Korrekturen in der Interessenbewertung vorzunehmen.“⁸⁹ **41**

84 So zutreffend *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Fn. 4), S. 179 f.

85 Den engen Zusammenhang zur teleologischen Auslegung betonend *Staudinger/Coing/Honsell*, Einl. zum BGB (2004), Rn. 150; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. (2005), S. 145 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. (1991), S. 457 ff.; eingehend *Diederichsen*, Die „*reductio ad absurdum*“ in der Jurisprudenz, FS für Larenz (1973), S. 155 ff.

86 Ähnlich, wenngleich zu weitgehend, *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Fn. 4), S. 175.

87 Zutreffend *Langenbucher* (Fn. 38), S. 30: „Damit ist der Richter bei der Rechtsfortbildung ebenso auf die Entscheidungsbegründung anhand rechtlicher Argumente zu verweisen, wie bei der Rechtsanwendung.“ Zu Recht hat BVerfG vom 11.10.1978 – 1 BvR 84/74 – BVerfGE 49, 304 ff. = JZ 1979, 60 die Rechtsprechung des BGH beanstandet, der unter Inanspruchnahme der Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung die Nichthaftung von Sachverständigen u.a. auf befürchtete Folgen einer solchen Haftung stützte, wie z.B. die Gefahr des Wiederauflagens von Verfahren, für die nach Ansicht des BVerfG Sinn und Zweck der deliktischen Generalklausel nichts hergäbe.

88 *Herschel*, Kündigungsschutz und Wettbewerb, RdA 1975, 28.

89 *APS/Preis* (Fn. 44), Grundlagen B. Rn. 50.

- 42** Das bedeutet, daß statt einer diffusen Folgenorientierung die Arbeit an der kündigungsrechtlichen Dogmatik vorangetrieben werden muß. Das würde dazu beitragen, die Entscheidungen rational nachprüfbar zu machen und die Rechtssicherheit in diesem in so weitem Maße in die Hand des Richters gelegten Rechtsgebiet zu erhöhen.⁹⁰ So läge etwa der methodengerechte Zugang zum Problem der eventuellen Vorrangigkeit der Kurzarbeit vor einer betriebsbedingten Kündigung in der genauen Erfassung der in § 1 Abs. 2 KSchG konkretisierten Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit⁹¹ unter Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Unternehmerentscheidung. In die Entscheidungsfindung müssen dann ggf. auch systematische Überlegungen integriert werden. So könnte beispielsweise aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG abgeleitet werden, daß weder die Freiheit des Unternehmers noch die der Arbeitnehmer unzulässig eingeschränkt wird, wenn die regelmäßige Arbeitszeit vorübergehend geändert wird.⁹² Eine abschließende Streitentscheidung war hier nicht mein Anliegen; vielmehr ging es mir darum exemplarisch zu zeigen, auf welchen Wegen man sich der „richtigen“ Entscheidung zu nähern hat.

90 APS/*Preis* (Fn. 44), Grundlagen B. Rn. 51.

91 In diesem Sinne *Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen* (Fn. 29), Rn. 1021.

92 *ErfK/Ascheid*, 7. Aufl. (2007), § 1 KSchG Rn. 450.

F. Verbesserte innere Systematik anstelle einer stärkeren Berücksichtigung außerrechtlicher Begründungszusammenhänge

Daran anknüpfend will ich meine Grundthese für das Kündigungsrecht in der Hand des Richters noch etwas zugespitzter formulieren: Anstelle einer ins Kraut schießenden Berücksichtigung außerrechtlicher Begründungszusammenhänge ist eine stärkere Konzentration auf die innere Systematik des Kündigungsrechts einschließlich ihrer Einbettung in die Rechtsordnung im übrigen vonnöten.⁹³ Es geht mir – wenn man so will – um die „Dogmatikfolgen“,⁹⁴ die Arbeit an der inneren Widerspruchsfreiheit des Systems. Gerichtliche Entscheidungen im Kündigungsrecht weisen gerade hier mitunter bemerkenswerte Defizite auf.

Auch hier muß ich mich aus Zeitgründen auf ein Beispiel beschränken, nämlich die betriebsbedingte Änderungskündigung und ihr Verhältnis zur Beendigungskündigung. Die Voraussetzungen, die nach der Rechtsprechung für eine ordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung erfüllt sein müssen, sind in ihrer Summe derart anspruchsvoll, daß ein Unternehmen schon vor dem Zusammenbruch stehen muß, um eine betriebsbedingte Änderungskündigung aussprechen zu können.⁹⁵ In nicht wenigen Fällen dürfte der Arbeitgeber dann besser beraten sein, die notwendige Anpassung mittels Beendigungskündigungen durchzuführen. Hier stimmt die innere Systematik nicht.⁹⁶ Die Rechtsprechung ist hier aufgerufen, die systeminternen Dogmatikfolgen genauer zu überprüfen, dies übrigens auch in Richtung auf vertragliche Flexibilisierungsinstrumente, die ja in einem engen funktionalen Zusammenhang zur Änderungskündigung stehen. Eine Neuausrichtung der Rechtsprechung zur Änderungskündigung würde sich ganz nebenbei auch beschäftigungspolitisch positiv auswirken,⁹⁷ ohne daß dieser Effekt jedoch interpretationsleitend wäre.

93 Dies im Sinne *Luhmanns* (Fn. 32), S. 48, der davor gewarnt hat, daß das Rechtssystem, dem eine gesellschaftspolitische Folgenorientierung zugemutet werde, seine dogmatische Selbststeuerung preisgäbe und sich überhaupt nicht mehr an Kriterien orientiere, die das Entscheidungsprogramm transzendierten.

94 Diese „internen Folgen“ werden von den Vertretern eines Folgenkonzepts nicht mehr zum Folgenbegriff gezählt. Vgl. etwa *Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 2), S. 112.

95 Kritisch daher *Rieble*, Flexible Gestaltung von Entgelt und Arbeitszeit im Arbeitsvertrag, NZA 2000, Sonderbeil. 3, S. 34, 37; *Stoffels*, Gestaltungsmöglichkeiten durch Änderungskündigungen, ZfA 2002, 401, 415 ff.; *Berger-Delhey*, Betriebsbedingte Änderungskündigung – Gestaltungsmittel der Sanierung oder Zwang zur Pleite?, DB 1991, 1571 ff.; *Preis*, Autonome Unternehmerentscheidung und „dringendes betriebliches Erfordernis“, NZA 1995, 241, 249.

96 *Preis* (Fn. 95), 241, 249.

97 Hierauf verweist insbesondere *Heinze*, Widersprüchliches zur Änderungskündigung, FS für von Maydell (2002), S. 269, 281.

G. Exkurs: Folgen der gerichtlichen Verfahrensgestaltung

- 45** Folgen gehen übrigens nicht nur von der abschließenden gerichtlichen Entscheidung, sondern auch von der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens aus. Ich denke hier an die prozeßleitenden Anordnungen, etwa die Terminierung, aber auch an die Gesprächsführung in der mündlichen Verhandlung. Dieser Aspekt richterlichen Wirkens liegt eigentlich außerhalb der mir vorgegebenen Fragestellung, soll aber wegen der erheblichen praktischen Bedeutung zumindest kurz gestreift werden.
- 46** Insbesondere aus der erstinstanzlichen Praxis wird immer wieder berichtet, daß das Bemühen des Gerichts, die Parteien des Kündigungsrechtsstreits zu einem Vergleich zu bewegen, problematische Züge annimmt. Ein probates Mittel ist es offenbar, das Recht unsicherer zu machen als es ist, die Rechtspositionen der Parteien durch gezielte Bemerkungen abzuschwächen, um ihnen das Risiko eines negativen Prozeßausgangs vor Augen zu führen.⁹⁸ Eine andere Möglichkeit, den Parteien die Vorzüge eines Vergleichs ins Bewußtsein zu rufen, liegt in der vielleicht nicht unbedingt gebotenen Streckung der Verfahrensdauer. Stellt das Arbeitsgericht den Parteien in der Güteverhandlung einen zeitlich weit entfernten Kammertermin in Aussicht, so dürfte schon angesichts der evtl. anfallenden Annahmeverzugsvergütung beim Arbeitgeber der Vergleichsdruck steigen. Auch hier gilt m.E.: Dem Richter steht es nicht an, solche Folgenerwägungen zu instrumentalisieren – auch wenn der Erledigungsdruck hoch ist. Das Vertrauen in einen rechtsstaatlichen Verfahrensablauf ist höher zu veranschlagen.

98 Hierzu *Preis/Bender*, Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, NZA 2005, 1321, 1323 f. und *Bayreuther* (Fn. 9), 417, 420.

H. Schlußbemerkungen

Nach alledem bleibt festzuhalten: Gerade im Arbeitsrecht ist die Macht des Richters **47** schon jetzt sehr groß. Eine Kompetenzerweiterung zugunsten der Gerichte, die in der Zuerkennung der Befugnis läge, auch außerrechtliche Wirkungsfolgen zu berücksichtigen, ist weder wünschenswert noch demokratietheoretisch legitimierbar. Der Verzicht auf normative Beurteilungsmaßstäbe würde nicht den erhofften Rationalitätsgewinn herbeiführen, sondern einer Subjektivierung und Politisierung der richterlichen Entscheidungsfindung Vorschub leisten, was gerade im Arbeitsrecht nach Möglichkeit vermieden werden sollte.

Der Gesetzgeber hingegen ist dringend aufgerufen, sich Klarheit über die Realfolgen **48** seiner kündigungsrechtlichen Regelungen zu verschaffen. Dazu gehört es m.E., unabhängige Studien zu den ökonomischen und gesellschaftlichen Effekten des Kündigungsrechts in Auftrag zu geben. Hier gilt sogar ein Gebot möglichst optimaler Folgenabschätzung und -berücksichtigung.

Ferner sollte der Gesetzgeber die tragenden Wertentscheidungen in den kündigungsrechtlichen Vorschriften deutlicher ausstellen, um den Gerichten zu signalisieren, in **49** welche Richtung sie bei der Konkretisierung der notwendig abstrahierenden Begriffe und bei der Systematisierung des Rechtsgebiets – insbesondere durch Formulierung von Prinzipien – zu gehen haben. Und natürlich muß er nach einer sorgfältigen Bestandsaufnahme überlegen, ob das überkommene Konzept nicht punktuell – Beispiel Sonderkündigungsschutz – oder gar *in toto* – etwa in Richtung auf ein Abfindungsmodell – geändert werden muß.

§ 5 Friedhelm Rost^{*}: Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts

Rn.

A. Einleitung	1
B. Allgemeine Betrachtung zu Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts und Folgenabschätzungen	5
I. Richterliche Tätigkeit als Spruchstätigkeit und Vergleichstätigkeit	6
II. Zum Begriff des „Kündigungsrechts“ in differenzierter Betrachtung	8
III. Kündigungsschutz als Individualschutz	10
IV. Binnenwirkungen und Außenwirkungen	11
V. Zur Funktion der Rechtsprechung	12
C. Möglichkeiten und Grenzen der Folgenabschätzung am Beispiel der Sozialwidrigkeitstatbestände	15
I. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung	15
II. Betriebsbedingte Kündigung	16
1. Rechtliche und tatsächliche Grenzen der Überprüfung der Wirkungsfolgen von Unternehmerentscheidungen	18
2. Aktuelle Beispiele	20
III. Funktion der Rechtsprechung und Wirkungsfolgen	23
1. Verfahrensrechtliche Grundsätze des Parteienprozesses	24
2. Praktikabilität	25
3. Rechtssicherheit und Berechenbarkeit	27
4. Vertrauensschutz	28
5. Zügigkeit des Verfahrens	29
D. Exkurs: Richterlicher Vergleich und Wirkungsfolgen	30
E. Ausblick	31

* Professor Dr. Friedhelm Rost, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht.

A. Einleitung

- 1 In einem jüngst veröffentlichten Aufsatz zu „Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes“ schreibt *Bayreuther*¹ unter „Der notwendige Beitrag der Judikatur“:

„Zu einem gewissen Teil muß die Rechtsprechung einen Beitrag zu einer systemimmanenten Reform leisten. Sie muß verstärkt wahrnehmen, daß ihre Aufgabe nicht ist, ergänzend zum Gesetzgeber sozial gestaltend tätig zu werden. Rechtsfortbildung darf nur dort stattfinden, wo der Gesetzgeber untätig geblieben ist. Zudem müssen sich die Gerichte bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts weitaus mehr mit den Folgen der eigenen Entscheidungen auseinandersetzen. Das Kündigungsrecht stellt kein abstraktes Fallrecht dar, das sich grenzenlos perfektionieren ließe, sondern wirkt prägend auf die Situation am Arbeitsmarkt.“

- 2 Daß auch *Rüthers*² nach wie vor der Auffassung ist, Recht sei im Kündigungsschutzrecht nicht, was im Gesetz stehe oder der Gesetzgeber als Inhalt gewollt habe, sondern was die jeweilige letzte Instanz sage, ist auch nicht wirklich überraschend. Wohltuend für den Richter als Kündigungsrechtler ist demgegenüber etwa die Feststellung von *Möschel*³, der Gesetzgeber sei in diesem Spiel der eigentliche „böse Bube“, was von *Rüthers*⁴ in seiner Erwiderung genau umgekehrt gesehen wird.
- 3 Also: Die Rechtsprechung zum Kündigungsrecht steht nach wie vor im Fokus kritischer Betrachtung. Kündigungsschutz als „Beschäftigungsbremse“, und das unter federführender Verantwortung der Arbeitsgerichte und insbesondere des Bundesarbeitsgerichts, das diese Folgen nicht sieht - oder schlimmer noch - nicht sehen will? Mit diesem Tenor wird die aktuelle Diskussion nicht nur im Wirtschaftsteil der Frankfurter Allgemeinen Zeitung geführt.
- 4 Was ist aus richterlicher Sicht zu diesem Vorwurf zu sagen, oder - um mich nicht von vornherein dem Verdacht auszusetzen, ich wolle hier nur eine Verteidigungsrede halten -, wie geht ein Richter mit den „Wirkungsfolgen“ seiner Rechtsprechung im Kündigungsrecht um? Meine Stellungnahme ist weniger eine theoretische Auseinandersetzung mit dieser Frage, sondern eine aus der Praxis einer langjährigen Teilhabe an der Rechtsprechung zum Kündigungsrecht gewonnene Sicht. Sie ist auch eine sehr persönliche Stellungnahme und erhebt keinen Anspruch darauf, daß die richterlichen Kollegen und Kolleginnen dies genauso sehen - nicht einmal die des eigenen Senats. Auch wenn man bei der ständigen Wiederholung des Vorwurfs, Recht sei nicht, was im Gesetz stehe, sondern was die letzte Instanz dafür halte, manchmal selbst daran glauben möchte - das Stadium der Überzeugung von der eigenen Unfehlbarkeit habe ich jedenfalls noch nicht erreicht.

1 *Bayreuther*, Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes, NZA 2006, 417.

2 *Rüthers*, Der geltende Kündigungsschutz - Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem, NJW 2006, 1640.

3 *Möschel*, Kündigungsschutz und Beschäftigung - ein Scheinproblem?, JZ 2006, 113.

4 *Rüthers* (Fn. 2), 1640.

B. Allgemeine Betrachtung zu Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts und Folgenabschätzungen

Vor dem Hintergrund dieser Diskussion und damit wir nicht völlig aneinander vorbeireden, erscheinen mir zunächst einmal einige allgemeine Betrachtungen zum Problem Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts angebracht. 5

I. Richterliche Tätigkeit als Spruchtätigkeit und Vergleichstätigkeit

Ich werde mich dabei nur mit den Wirkungsfolgen der richterlichen Tätigkeit auseinandersetzen. Richterliche Tätigkeit besteht im Arbeitsrecht allerdings nicht nur aus Spruchtätigkeit, sondern auch aus – nennen wir es verkürzt so – Vergleichstätigkeit. Die entsprechenden Zahlen sind allgemein bekannt und ich brauche sie an dieser Stelle nicht zu vertiefen.⁵ Das Bemühen um eine gütliche Einigung ist keine Erfindung des Richters, um sich die Arbeit zu erleichtern. Es wird vom Gesetzgeber gefordert – und zwar in allen Instanzen, auch vor dem Bundesarbeitsgericht, wie sich aus der ausdrücklichen Verweisung von § 72 Abs. 6 ArbGG auf § 57 Abs. 2 ArbGG ergibt. 6

Natürlich stehen Spruchtätigkeiten und Vergleichstätigkeiten des Richters in einem Abhängigkeitsverhältnis. Es findet eine gegenseitige Beeinflussung statt. Ausgehend von unserem Problemkreis „Folgenabschätzung“ ist aber die Vermutung nicht völlig abwegig, daß auch das richterliche Bemühen um einen Vergleich – wenn es denn *lege artis* geschieht – ein Ausfluß des Umstandes ist, daß die Spruchtätigkeit Wirkungsfolgen nicht oder nur eingeschränkt berücksichtigen kann. Ich komme darauf zurück. 7

II. Zum Begriff des „Kündigungsrechts“ in differenzierter Betrachtung

Eine weitere Klarstellung erscheint mir angebracht. Der Begriff Kündigungsrecht bedarf einer differenzierten Betrachtung. In der aufgeheizten Diskussion um das Kündigungsschutzgesetz als Beschäftigungsbremse geht es meistens um die Probleme der betriebsbedingten Kündigung. Das ist empirisch vielleicht verständlich. Betriebsbedingte Kündigungen machen in der Praxis natürlich den größten Anteil aller überhaupt ausgesprochenen Kündigungen und auch den größten Teil derjenigen Kündigungen aus, die im Rahmen einer Kündigungsschutzklage vor den Arbeitsgerichten angegriffen werden.⁶ Auch insoweit weise ich an dieser Stelle nur auf die allgemein bekannten Zahlen hin. Es ist aber verkürzt, den Blick nur auf § 1 Abs. 2 KSchG zu richten. Kündigungsschutz ist in vielfältigen Formen geregelt und weit über das KSchG hinaus. Das mag banal klingen, ist aber für die Diskussion über die Folgenabschätzung wichtig. Kündigungsrechtliche Beschränkungen bestehen in ganz unterschiedlichen Formen. Ich spreche gelegentlich vom „peripheren“ Kündigungsschutz als Gegenstück zum Kündigungsschutzgesetz. Das verniedlicht das Problem 8

5 Vgl. nur *Grotmann-Höfling*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit 2004 im Lichte der Statistik, AuR 2005, 398, 399.

6 *Grotmann-Höfling* (Fn. 5), 398 m.w.N.

aber eher, denn dieser periphere Kündigungsschutz spielt in der richterlichen Praxis eine große Rolle. Worum geht es? Ganz grob kann man drei Bereiche kündigungsrechtlicher Regelungen unterscheiden. Wir haben materielle Kündigungsschutzrechtliche Normen, für die klassisch die Sozialwidrigkeitstatbestände des § 1 KSchG, aber etwa auch § 626 BGB zu nennen sind. Diese sind natürlich wegen der hier verwandten Generalklauseln und der durch sie eröffneten Wertungsspielräume in besonderer Weise im Fokus der Betrachtung. Wir haben darüber hinaus aber eine große Zahl eher formeller und verfahrensrechtlicher Kündigungsschutzbestimmungen – also Sonderkündigungsschutz wie Mutterschutz, Schwerbehindertenschutz, natürlich auch den sich aus den betriebsverfassungsrechtlichen und personalvertretungsrechtlichen Beteiligungsrechten ergebenden Kündigungsschutz, z.B. gem. § 102 BetrVG. Diese Regeln sind teils streng formalistisch, teils eröffnen sie weitere Wertungsspielräume. Um es am Beispiel des § 102 BetrVG zu verdeutlichen: Die Kündigung kann unwirksam sein, weil der Betriebsrat überhaupt nicht beteiligt wurde, sie kann unwirksam sein, weil die Anhörung nach gerichtlicher Würdigung inhaltlich nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprach. In diesen Bereich gehören auch die fast schon nicht mehr überschaubaren unmittelbaren und mittelbaren Kündigungsschutzrechtlichen Normen bezüglich Funktionsträgern aller Art – vom Datenschutzbeauftragten über den Abfallbeseitigungsbeauftragten, den Arbeitssicherheitsbeauftragten bis hin zu Gewässerschutzbeauftragten und zu vielfältigen Regelungen etwa über den Kündigungsschutz parlamentarischer Funktionsträger. Man möge doch bitte einmal in einer Kommentierung zu § 13 KSchG nachlesen, wieviele und wie unterschiedliche Regelungen es hierzu gibt.⁷ Es stimmt eben nicht, daß Kündigungsschutz in vergleichsweise wenigen Vorschriften geregelt ist.⁸

- 9 Ich möchte noch eine dritte Gruppe kündigungsrechtlich relevanter Vorschriften erwähnen, die mittelbar im Ergebnis als Kündigungsschutz wahrgenommen werden. Das sind alle Vorschriften, die mit der Kündigung als Willenserklärung zusammenhängen. Dazu gehören z.B. § 623 BGB als Formvorschrift, aber auch Vorschriften wie § 174 BGB, alle Vertretungsregelungen bei juristischen Personen und generell die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB. Es liegt auf der Hand, daß ein so breit gefächelter Kreis von mittelbar und/oder unmittelbar sich auf den Kündigungsschutz auswirkenden Vorschriften hinsichtlich der Frage der Berücksichtigung von Folgewirkungen bei der richterlichen Tätigkeit differenziert betrachtet werden muß. Dieser Hinweis erscheint mir deshalb wichtig, weil die kündigungsrechtlichen Regelungen der Gruppe 2 und der Gruppe 3 in der richterlichen Praxis eine erhebliche Rolle spielen. Soweit etwa betriebsbedingte Kündigungen von den Gerichten für unwirksam befunden werden, ist das keinesfalls immer Ausfluß einer richterlich zu freien Auslegung des § 1 KSchG, sondern häufig schlicht Folge des Eingreifens eines verfahrensrechtlichen oder formellen Fehlers. Für die Annahme der Unwirksamkeit der Kündigung reicht dies aus, das Gericht kann und wird sich i.d.R. mit dieser Feststellung begnügen. Diese Fälle sind in der Praxis meiner Erfahrung nach viel häufiger als das gemeinhin von außen gesehen wird. Gerade in den viel beschworenen mittelständischen Unternehmen, um die es bei der Diskussion um Kündigungsschutz-

7 Vgl. nur KR/Friedrich, 8. Aufl. (2007), § 13 KSchG Rn. 204 ff.

8 Rüthers (Fn. 2), 1640.

rechtliche Belastungen doch überwiegend geht, spielt dieser – nennen wir ihn einmal so – verfahrensrechtliche Kündigungsschutz eine große Rolle. Der Arbeitgeber, der vielleicht einmal im Jahr eine verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigung oder im Rahmen einer betrieblichen Umgestaltung mehrere betriebsbedingte Kündigungen zugleich ausspricht, verfängt sich häufig im Gestrüpp dieser Regelungen. Ist die Kündigung aber wegen eines Formfehlers oder wegen Verstoßes gegen etwaige Zustimmungserfordernisse unwirksam, bleibt regelmäßig überhaupt kein Raum für eine richterliche Folgenabschätzung – jedenfalls beim richterlichen Spruch. Genau in solchen Fällen kommt dann unter dem Aspekt der Folgenabschätzung den wohlverstandenen richterlichen Vergleichsbemühungen ein besonderes Gewicht zu.

III. Kündigungsschutz als Individualschutz

Eine weitere allgemeine Feststellung: Kündigungsschutz ist vom Gesetzgeber als **10** Individualschutz ausgestaltet – und zwar in allen angesprochenen Bereichen. Das steht der Einbeziehung von Drittinteressen – insbesondere im weitesten Sinne von wirtschaftspolitischen, konjunkturellen Interessen – schon vom Ansatz her entgegen. Das Kündigungsschutzverfahren ist außerdem als Parteienverfahren ausgestaltet. Die Bewertung des Gerichts hat sich zu beschränken auf das, was ihm zur Beurteilung vorgetragen wird. Auch das wird häufig zu wenig berücksichtigt. *Bayreuther*⁹ erwägt deshalb sogar eine vorsichtige Öffnung zu einem moderaten Offizialverfahren – vergleichbar dem FGG-Verfahren.

IV. Binnenwirkungen und Außenwirkungen

Zur Beurteilung der Einbeziehung von Wirkungsfolgen erscheint weiter hilfreich eine **11** kurze strukturelle Gliederung der denkbaren kündigungsrechtlichen Wirkungsfolgen. Vorrangig in den derzeitigen Diskussionen werden die Folgen für den Arbeitsmarkt angesprochen. Man kann diese als allgemeine beschäftigungspolitische, konjunkturelle Folgen sehen, jedenfalls – bezogen auf die Parteien eines Kündigungsrechtsstreits – als Drittinteressen bezeichnen. Nach der Ausgestaltung des Kündigungsschutzrechts als Individualschutz stehen demgegenüber aber im Vordergrund die Interessen der unmittelbar beteiligten Arbeitsvertragsparteien – wir haben also eine „Binnenperspektive“.¹⁰ Diese „Binneninteressen“ bestehen für den beteiligten Arbeitgeber in teils unmittelbarer finanzieller Betroffenheit (Annahmeverzug), teils darüber hinausgehend aber in unternehmerischen Beschränkungen (Verhinderung der Umsetzung unternehmerischer Entscheidungen). Wirkungsfolgen der kündigungsrechtlichen Rechtsprechung ergeben sich natürlich aber auch für Arbeitnehmer. Diese beschränken sich keinesfalls immer und nur auf die Frage des Verlustes oder Erhalts des Arbeitsplatzes, sondern u.U. auch auf immaterielle, aber dennoch erhebliche Aspekte etwa des Verhaltens im Arbeitsverhältnis – und ich meine damit nicht, wie oft man zu spät kommen kann, sondern den Bereich, den die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts in einem Interview einmal so umschrieben hat: Es werde die Möglichkeit „zum aufrechten Gang“ im Arbeitsverhältnis beeinträchtigt.

9 *Bayreuther* (Fn. 1), 417, 420.

10 *Möschel* (Fn. 3), 113, 116.

V. Zur Funktion der Rechtsprechung

- 12** Schließlich bedarf es zur Frage der Folgenabschätzung durch den Richter vielleicht auch noch einmal einer kurzen Rückbesinnung auf die Funktion der Rechtsprechung überhaupt. Ich orientiere mich dabei an einem aus meiner Sicht durchaus kompetenten Experten, nämlich dem ehemaligen Präsidenten unseres Hauses, *Kissel*, und seinem Beitrag in der Festschrift für *Schaub*.¹¹ Danach ist auszugehen vom Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist, welche Bindung auch in Art. 97 GG noch einmal festgehalten ist. Der Verfassung ist als Grundsatz zu entnehmen, daß die allgemeine rechtliche Regelung Sache des Gesetzgebers, die Anwendung dieser Regelung und ihre Durchsetzung in der Lebenswirklichkeit im Einzelfall Sache des Gerichtes ist. Natürlich kann der Gesetzgeber angesichts der Vielfalt der Lebensverhältnisse und ihrem ständigen Wandel nicht für jeden auftretenden Streitfall schon im voraus eine eindeutige Regelung schaffen. Er greift deshalb zu Hilfsmitteln wie Generalklauseln und Allgemeinbegriffen, wie auch die Rechtsprechung selbst durch Auslegung und Analogie die grundlegenden Wertentscheidungen des Gesetzgebers fortentwickelt und aktualisiert.¹² Die Rechtsprechung kann auch zur Rechtsfortbildung gefordert sein, wenn die gesetzlichen Vorgaben nicht hinreichend bestimmt sind. Aber – nochmals *Kissel*:

„Eindeutig kann ... gesagt werden, daß der jeweils erkennende Richter nicht nach seinen eigenen wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellungen judizieren kann; auch nicht danach, was ihm oder Gruppierungen außerhalb des demokratischen Gesetzgebungsverfahrens richtig oder vernünftig oder was sonst erscheint. Das System der Rechtsordnung darf nicht verlassen, es darf kein eigener rechtspolitischer Wille des erkennenden Richters zur Geltung gebracht werden; lediglich die Grundgedanken der von der Verfassung geprägten Rechtsordnung dürfen mit systemimmanenten Mitteln weiterentwickelt werden.“¹³

- 13** Dies ist eine Umschreibung des Richterbildes und der richterlichen Funktion, der ich ohne Einschränkung und mit Überzeugung zustimme. Weiter ist zur Funktion der Rechtsprechung hervorzuheben, daß Rechtsprechung grundsätzlich konkrete Einzelfälle zu entscheiden hat. Diese – beschränkte – Aufgabe steht gleichfalls schon prinzipiell Überlegungen entgegen, die Rechtsprechung müsse eine „marktsteuernde Wirkung“ ihrer Entscheidungen bedenken.¹⁴ Solche Überlegungen haben im Vorfeld gesetzlicher Regelungen ihren Platz. Der Gesetzgeber hat ja nun gerade im Kündigungsschutzrecht hinreichend deutlich gemacht, daß er mit kündigungsrechtlichen Regelungen bzw. deren Änderungen „marktsteuernd“ eingreifen will. Nur am Rande: ohne erkennbare Ergebnisse. Und nochmals am Rande: Warum verlangt man dann eigentlich von der Rechtsprechung, daß sie die „kündigungsrechtliche Marktsteuerung“ schaffen soll, die dem Gesetzgeber offensichtlich nicht gelingen will,

11 *Kissel*, Zur Funktion der Rechtsprechung, FS für Schaub (1998), S. 373 ff.

12 *Kissel* (Fn. 11), S. 373, 376, 377.

13 *Kissel* (Fn. 11), S. 373, 378.

14 Zu Recht *Kissel* (Fn. 11), S. 373, 382.

wenn denn das Kündigungsrecht wirklich das zentrale Problem der augenblicklichen Beschäftigungssituation wäre?

Natürlich will ich damit nicht in Abrede stellen, daß die Rechtsprechung – insbesondere eines obersten Gerichtshofes – Außenwirkungen hat und auf die Motivationslagen einer Vielzahl von Unternehmen einwirkt.¹⁵ Das darf aber den Blick auf die beschränkte Funktion der Rechtsprechung, Einzelfälle zu entscheiden, nicht verstellen. **14**

15 Kiesel (Fn. 11), S. 373, 382.

C. Möglichkeiten und Grenzen der Folgenabschätzung am Beispiel der Sozialwidrigkeitstatbestände

I. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung

- 15 Lassen Sie mich diese allgemeinen Feststellungen auf konkrete Fallgestaltungen übertragen. Dabei möchte ich und muß mich schon aus zeitlichen Gründen im wesentlichen doch auf die bei betriebsbedingter Kündigung in Betracht kommenden Möglichkeiten und Unmöglichkeiten von Folgenabschätzungen beschränken. Die betriebsbedingte Kündigung steht – wie eingangs geschildert – im Mittelpunkt der Diskussion und sie stellt auch zahlenmäßig den Schwerpunkt der kündigungsrechtlichen Tätigkeit der Gerichte dar. Personen- und verhaltensbedingte Kündigungen spielen demgegenüber derzeit eine eher untergeordnete Rolle.¹⁶ Die personenbedingte Kündigung (in erster Line die krankheitsbedingte Kündigung) ist in ihren Grundstrukturen seit langem festgelegt; diese Strukturen werden akzeptiert oder jedenfalls hingenommen. Das mag – umgekehrte Marktsteuerung – natürlich auch daran liegen, daß die krankheitsbedingten Ausfallzeiten sich derzeit und schon seit längerem auf einem Tiefstand bewegen. Die verhaltensbedingte Kündigung tritt gleichfalls zurück in der arbeitsgerichtlichen Tätigkeit. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze stehen auch hier seit langem fest und werden in ähnlicher Weise akzeptiert wie bei der personenbedingten Kündigung. Neue tatsächliche Entwicklungen – Stichwort „Internetnutzung“ – versucht der Senat derzeit in das System einzupassen.¹⁷ Natürlich will ich nicht verhehlen, daß angesichts der gerade diese beiden Kündigungsarten prägenden Wertungsspielräume – Wo ist die Grenze der zumutbaren Belastung durch Krankheitsausfälle? Wo ist die Grenze der hinnehmbaren Zahl an Verspätungen? – und vor allem angesichts der hier nach ständiger Rechtsprechung erforderlichen zusätzlichen Interessenabwägung entsprechende Einzelfallentscheidungen eine Auswirkung auf die Motivlage „dritter“ Arbeitgeber (wie auch Arbeitnehmer) haben. Versuche des Senats, insoweit quasi einen „allgemeinen kündigungsrechtlich relevanten Verhaltenskodex“ zu schaffen – auch Diebstahl geringfügiger Sachen des Arbeitgebers stellt prinzipiell einen Kündigungsgrund an sich dar¹⁸ – sind, das will ich gleichfalls nicht verhehlen, mit beeinflußt durch die absehbaren Auswirkungen einer strengeren oder lockeren abstrakten Grenzziehung im allgemeinen Arbeitsleben. Das besondere Problem in diesen Bereichen liegt aber darin, daß es sich regelmäßig um Lebenssachverhalte handelt, die nur begrenzt verallgemeinerungsfähig sind. Das ist nach außen häufig eher schwer zu vermitteln. Deshalb prägen oft auch wenige singuläre Fallgestaltungen die öffentliche Diskussion in diesem Bereich. Wenn Rüthers¹⁹ auch im Jahre 2006 und damit zehn Jahre nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts über einen außerdienstlich betrunkenen Straßenbahnfahrer nur mit gemischten Gefühlen mit der Berliner Straßenbahn fährt und dies dem BAG anlastet, ist das eine Wirkungs-

16 Grotmann-Höfling (Fn. 5), 398.

17 Siehe etwa BAG vom 7.7.2005 – 2 AZR 581/04 – AP Nr. 192 zu § 626 BGB = NZA 2006, 98.

18 Siehe etwa BAG vom 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 – AP Nr. 179 zu § 626 BGB = NZA 2004, 486.

19 Rüthers (Fn. 2), 1640, 1641.

folge, die ich nicht erwartet habe, die aber das Dilemma wohl hinreichend verdeutlicht.

II. Betriebsbedingte Kündigung

Lassen Sie mich trotzdem am Beispiel der betriebsbedingten Kündigung bleiben. Wo sind hier Ansätze für die richterliche Abschätzung welcher Folgen? **16**

Die Überprüfung der betriebsbedingten Kündigung erfolgt bekanntlich nach folgenden Kriterien: **17**

- Vorliegen einer nur auf Mißbrauch zu überprüfenden Unternehmerentscheidung,
- dadurch bedingter Wegfall des Beschäftigungsbedarfs und Fehlen einer anderweitigen Einsatzmöglichkeit,
- Sozialauswahl.

1. Rechtliche und tatsächliche Grenzen der Überprüfung der Wirkungsfolgen von Unternehmerentscheidungen

Gehen wir von der Unternehmerentscheidung als Kernpunkt aus. Der Senat überprüft sie bekanntlich nicht darauf, ob sie sinnvoll und zweckmäßig ist. Warum eigentlich nicht? Sind wir aufgrund einer Folgenabschätzung zu diesem Ergebnis gekommen im Sinne einer befürchteten Außenwirkung der Erstickung der Wirtschaft? Ich glaube, so einfach ist es nicht. Rechtlicher – und für mich zentraler – Ausgangspunkt ist natürlich die grundgesetzlich geschützte Unternehmerfreiheit, die in praktische Konkordanz mit der gleichfalls grundgesetzlich zu achtenden Bestandsschutzpflicht gebracht werden muß. Es kommt aber ein anderer Grund hinzu, der wiederum die ganze Problematik einer Folgenabschätzung unterstreicht: Inwieweit hat der Richter bei seiner Entscheidungsfindung überhaupt die Möglichkeit der Feststellung und Bewertung möglicher Folgen? Im Klartext: Als ich vor rund 30 Jahren als Arbeitsrichter meine Tätigkeit aufnahm, war die Struktur des betriebsbedingten Kündigungsgrundes, wie sie uns heute selbstverständlich erscheint, nicht oder allenfalls nur in Ansätzen entwickelt. Damals wurden durchaus noch Erwägungen angestellt, durch Einholung eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens die Zweckmäßigkeit oder Unsinnigkeit einer solchen Entscheidung zu überprüfen. Und damals – wie heute – war deutlich erkennbar, daß dem Richter für eine solche Überprüfung weder die Kompetenz noch das verfahrensrechtliche Instrumentarium zur Verfügung standen, sich einschlägiger anderer Kompetenz zu bedienen. Solange es für die Feststellung von „Wirkungsfolgen“ an einer in das Kündigungsschutzverfahren einzubringenden „Wirkungsforschung“ fehlt, die zu objektivierbaren und allgemein anerkannten Ergebnissen führt, habe ich – abgesehen von den sich aus der Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung ergebenden rechtlichen Hemmnissen – durchgreifende Bedenken gegen eine unbegrenzte Einbeziehung allgemeiner wirtschaftlicher Folgewirkungen. Das gilt natürlich nicht nur für die wirtschaftliche „Binnenwirkung“ im Verhältnis der unmittelbar betroffenen Arbeitsvertragsparteien. Das gilt auch und erst recht von der Einbeziehung der oben dargestellten Drittinter-

essen, also insbesondere beschäftigungspolitischer, konjunkturpolitischer Überlegungen. Gegen die Einbeziehung solcher Gesichtspunkte spricht dogmatisch schon die Entscheidung des Gesetzgebers, den Kündigungsschutz individualrechtlich zu gestalten. Um noch einmal *Kissel* zu zitieren:

„Hält der Gesetzgeber diese Regelung für arbeitsmarktpolitisch verfehlt und die Minderung des individuellen Arbeitsplatzschutzes für vertretbar, dann kann er das Gesetz ändern, wie er es im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum befristeten Arbeitsverhältnis getan hat. Ohne Änderung des Kündigungsschutzgesetzes ist aber der Arbeitsplatzschutz des einzelnen Arbeitnehmers vor sozial ungerechtfertigter Kündigung Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung, und die Anwendung dieser gesetzlichen Regelung kann nicht, auch nicht graduell, von der konjunkturellen Situation und der des Arbeitsmarktes abhängig sein.“²⁰

- 19** Auch dem habe ich an sich wenig hinzuzufügen. Selbst wenn man das nicht ganz so eng sehen wollte – auch *Kissel* verkennt den Einfluß individualrechtlicher Entscheidungen auf die Motivlage einer Vielzahl von Unternehmen nicht²¹ – bleibt aber bei der Betrachtung der „Außenfolgen“ erst recht die Frage einer empirisch gesicherten und objektiv verwertbaren Feststellung dieser Folgen. Herr *Stoffels* hat das ganze Tableau der hierzu vertretenen Meinungen in seinem Beitrag anschaulich ausgebreitet, was ich nicht zu wiederholen brauche. Das Fazit erscheint mir klar: Es gibt keine gesicherten verfahrensrechtlich verwertbaren Erkenntnisse darüber, wie sich eine Lockerung (oder Verschärfung) der kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen auf den Markt auswirken könnte, ob also eine Änderung der Rechtsprechung überhaupt eine „marktsteuernde“ Wirkung hat. Es gibt Spekulationen, es gibt eine gewisse Übereinstimmung darüber, daß es so etwas wie „gefühlte“ Belastungen gibt im Sinne eines eher psychologischen Faktors. Soll das Ansatz für eine Rechtsprechung im Kündigungsrecht sein? Ich habe da meine Zweifel. Also bleibe ich bei meinem Fazit, daß die Einbeziehung konjunkturpolitischer oder arbeitsmarktpolitischer Gesichtspunkte in die kündigungsrechtliche Wertung der derzeitigen gesetzlichen Konzeption des Kündigungsschutzes als Individualschutz schon vom rechtlichen Ansatz her problematisch ist, daß eine solche Entwicklung aber auch faktisch den Richter mangels eigener Sachkompetenz und erst recht angesichts des Befundes, daß es auch an durch externe Sachkompetenz abgesicherten Erkenntnissen fehlt, auf die zurückgegriffen werden könnte, nicht möglich ist. Oder, um es mit *Möschel*²² zu sagen: In der Rede eines besserwisserischen „Oberunternehmers“ würden sich die Arbeitsgerichte schlicht lächerlich machen.

2. Aktuelle Beispiele

- 20** Lassen Sie mich das aus einer anderen Sicht verdeutlichen. Kündigungsschutz in seiner aktuellen Ausprägung durch die Rechtsprechung wird ja nicht nur als „Beschäftigungsbremse“ verstanden. Es mehren sich vielmehr gerade umgekehrt zur

20 *Kissel* (Fn. 11), S. 373, 384.

21 *Kissel* (Fn. 11), S. 373, 383.

22 *Möschel* (Fn. 3), 113, 117.

Unternehmerentscheidung die Stimmen, die der Auffassung sind, die „Bremsen seien schon längst heißgelaufen“ und die Rechtsprechung verfehle vor allem im Bereich der betriebsbedingten Kündigung ihren Auftrag, einen dem Gesetz gemäßen Bestandsschutz zu gewähren.²³ Hier wird also ein Plädoyer doch wieder gehalten für eine verstärkte Überprüfung der Unternehmerentscheidung auch auf Sinnhaftigkeit. Dies wird zwar vor allem aus Art. 12 GG abgeleitet, aber doch offensichtlich auch aus der Sorge, die Arbeitsplatzsituation werde durch ein zu weit aufgelöstes Kündigungsschutzrecht und die damit verbundenen Risiken insgesamt verschlechtert. Nur – wie diese Folgenabschätzung durchgeführt und die erkannten Folgen umgesetzt werden sollen, diese Antwort bleibt auch hier nach wie vor offen.

Und ein letztes Beispiel: Auch ich habe Verständnis für Ärger und Empörung darüber, 21 daß ein Unternehmen zugleich mit der Darstellung einer überaus positiven Ertragsentwicklung den Abbau Tausender von Arbeitsplätzen ankündigt zur weiteren Verbesserung oder zumindest zum Erhalt der derzeitigen Ergebnisse. Nur: Wie soll man dies in die kündigungsschutzrechtliche Würdigung einer Unternehmerentscheidung einbeziehen? Wieviel Gewinn – wenn es denn nur darum ginge – darf denn ein Unternehmen unter Abwägung marktpolitischer, betriebswirtschaftlicher, arbeitsmarktpolitischer und sozialer Gesichtspunkte – heute – als angemessen ansehen? Wenn mir das jemand auch nur in etwa verbindlich sagen und erklären kann, bin ich gern bereit, noch einmal darüber nachzudenken, ob man die Unternehmerentscheidung in der Rechtsprechung schärfer überprüfen muß bzw. ob das Verhalten der Deutschen Bank oder Allianz – um die bekanntesten Beispiele zu nennen – „willkürlich“ im Sinne der bisherigen Rechtsprechung ist. Daß die Forderungen auf eine entsprechende Begrenzung der Verfolgung des Prinzips des „share holder value“ von den Gewerkschaften – wenn ich es richtig sehe – auch nicht an die Adresse der Rechtsprechung, sondern an den Gesetzgeber gerichtet sind, verdeutlicht immerhin die dortige Erkenntnis, daß es um Tatbestände geht, die – wenn denn überhaupt – nur der Gesetzgeber regeln könnte.

Diese kurzen Hinweise mögen und müssen genügen um meine Skepsis – rechtlich 22 wie tatsächlich – deutlich zu machen, angebliche beschäftigungspolitische, konjunkturelle, marktpolitische Folgen der Rechtsprechung in die kündigungsrechtliche Wertung einzubeziehen.

III. Funktion der Rechtsprechung und Wirkungsfolgen

Damit bin ich aber noch nicht am Ende meiner Betrachtungen. Die gewonnene 23 Erkenntnis schließt ja nicht aus, daß Wirkungsfolgen des Kündigungsrechts von der Rechtsprechung überhaupt nicht zu berücksichtigen sind. Die insoweit anzustellenden Überlegungen liegen aber auf einer sozusagen in der Zielsetzung nicht so hoch ansetzenden „wirtschaftslenkenden“ Ebene, sondern haben sich zu bescheiden auf Ebenen, die der richterlichen Tätigkeit näher verbunden sind. Letztlich lassen sie sich aus der bereits angesprochenen Funktion der Rechtsprechung ableiten.

23 Vgl. Kühling, Freie Unternehmerentscheidung und Betriebsstillegung, AuR 2003, 92; Stein, Inhaltskontrolle von Unternehmerentscheidungen, AuR 2003, 99.

1. Verfahrensrechtliche Grundsätze des Parteienprozesses

- 24** Die Rechtsprechung hat in einem Parteienverfahren wie dem Kündigungsschutzverfahren darauf zu achten, daß die Anforderungen an die – in ihrer Verteilung an sich gesetzlich vorgegebene – Darlegungs- und Beweislast in einer Weise festgelegt werden, daß weder der gesetzlich vorgesehene Kündigungsschutz leerläuft noch eine gesetzlich eröffnete Kündigungsmöglichkeit praktisch ausgeschlossen wird. Der erkennbare gesetzliche Wille darf nicht verfahrensrechtlich konterkariert werden. Diese „Wirkungsfolgen“ gilt es zu vermeiden. Das gehört nicht nur zum eigentlichen Aufgabenbereich des Richters. Für die Beurteilung, wann dies der Fall ist, ist der Richter – anders als für Marktforschungen – auch kompetent und hier besitzt er auch als Gestalter des Verfahrens das nötige Instrumentarium, solche Folgen zu berücksichtigen. Der Senat hat insoweit etwa ein umfangreiches System abgestufter Darlegungs- und Beweislasten entwickelt, die weder den Arbeitgeber als die nach den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich beweispflichtige Partei überfordern noch dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer wirkungsvollen Verteidigung entziehen.²⁴ Nehmen wir nur das Beispiel der Klärung einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit, wo zunächst der Arbeitgeber sich mit dem Hinweis begnügen kann, eine anderweitige Beschäftigung sei nicht vorhanden, der Arbeitnehmer sodann seine Vorstellungen von doch vorhandenen und seiner Qualifikation entsprechenden Arbeitsplätzen einbringen kann und dann wiederum der Arbeitgeber hierzu sich näher einlassen kann.²⁵ Ähnlich ist der Aufbau der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 102 BetrVG.²⁶ Daß die Verteilung und Behandlung der Darlegungs- und Beweislast nicht nur eine abstrakte verfahrensrechtlich technische Angelegenheit ist, sondern auch unter dem Gesichtspunkt ihrer materiellen Auswirkungen zu betrachten ist, hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt im Zusammenhang mit der aus Art. 12 GG abgeleiteten Bestandsschutzpflicht betont.²⁷

2. Praktikabilität

- 25** Die Rechtsprechung hat weiter darauf zu achten, die Anforderungen an verfahrensrechtliche Kündigungsregelungen nicht in einer Weise zu verkomplizieren, daß sie im Ergebnis nicht mehr zu erfüllen sind. Klassisches Beispiel: die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG. Der Senat hat dementsprechend in einer Reihe von Entscheidungen aus der jüngeren Zeit versucht, die Anforderungen etwa an die Information des Betriebsrats nicht zu senken, aber doch vom Zweck des Mitbestimmungsrechts her so zu strukturieren, daß der Arbeitgeber nicht überfordert wird (wenn z.B. keine Sozialauswahl durchzuführen ist, dann auch keine Notwendigkeit der Information über entsprechende Auswahlkriterien²⁸) und vor allem auch die Zu-

24 Vgl. nur BAG vom 22.9.2005 – 2 AZR 208/05 – AP Nr. 141 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung (unter B I 3 der Gründe) = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142.

25 BAG vom 3.6.2004 – 2 AZR 386/03 – AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 27.

26 BAG vom 23.6.2005 – 2 AZR 193/04 – AP Nr. 11 zu § 138 ZPO = NZA 2005, 1233.

27 BVerfG vom 27.1.1998 – 1 BvR 15/87 – BVerfGE 97, 169 = NZA 1998, 470.

28 BAG vom 13.5.2004 – 2 AZR 329/01 – BAGE 110, 331 = AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972.

ständigkeit für Verfahrensfehler nach Verantwortungssphären klarer zu trennen.²⁹ Dies alles soll natürlich auch in gewisser Weise dem Einwand entgegensteuern, die betriebsverfassungsrechtliche Umsetzung einer Kündigung sei praktisch unmöglich.

Ähnliches gilt für kündigungsrechtliche Verfahrenshemmnisse aus dem Bereich des Sonderkündigungsschutzes. Ich verweise nur auf die leidige Problematik des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte und die Bemühungen des Senats, die Betroffenen nicht den Unwägbarkeiten des Nebeneinander verschiedener Rechtswege zu überlassen. **26**

3. Rechtssicherheit und Berechenbarkeit

Auch bei der Prüfung materieller Voraussetzungen hat die Rechtsprechung darauf zu achten, daß die Anforderungen nicht so gestaltet werden, daß sie nicht mehr erfüllt werden können. Soziale Gesichtspunkte etwa müssen „ausreichend“ berücksichtigt werden. Natürlich wäre es schön, wenn das Gesetz eine „Punktetabelle“ enthielte. Eine solche ist aber nicht vorgegeben. Dann ist es auch nicht Aufgabe der Gerichte, eine eigene Tabelle zu entwickeln. Vielmehr macht die Verwendung des Wortes „ausreichend“ hinreichend deutlich, daß dem Arbeitgeber ein angemessener Beurteilungsspielraum bleiben soll – nicht die angemessene Entscheidung des Gerichts, die der Arbeitgeber nicht antizipieren kann, sondern die gleichfalls noch angemessene Entscheidung des Arbeitgebers soll entscheidend sein.³⁰ Weiter ist von der Funktion der Rechtsprechung der Aspekt der Rechtssicherheit zu berücksichtigen. Es darf natürlich nicht der Eindruck eines „Lotteriespieles“ entstehen. Diesem Anliegen dient in der Rechtsprechung zum Kündigungsrecht insbesondere die seit über 20 Jahren entwickelte Struktur der Sozialwidrigkeitstatbestände. Das Gesetz bietet leider keine Anhaltspunkte für die Festlegung numerischer Schwellen. Dies gilt für die bereits erwähnte Punktetabelle bei der Sozialauswahl ebenso für die Festlegung der Zahl zulässiger Ausfalltage wegen Krankheit. Kündigungsschutz ist eben Individualschutz, der Einzelfall ist zu entscheiden. Trotzdem ist es erforderlich und, wie ich meine, auch möglich und gelungen, eine gewisse Berechenbarkeit für Kündigungsverfahren zu garantieren. Insoweit hat sich aus den vielfältigen Entscheidungen jedenfalls eine Struktur nach Art eines *case law* entwickelt, an die die Rechtsprechung sich dann allerdings auch halten muß. **27**

4. Vertrauensschutz

Im Hinblick gerade auf ihre Berechenbarkeit hat die Rechtsprechung auch den Gesichtspunkt der Stetigkeit zu berücksichtigen. Auch das spielt gerade im Kündigungsrecht eine gewichtige Rolle, da nach der einmal ausgesprochenen Kündigung das Arbeitsverhältnis zunächst einmal faktisch beendet wird und das Risiko auflaufender finanzieller Forderungen – insbesondere Annahmeverzugsansprüche – mit zunehmender Verfahrensdauer wächst. Der Kündigende, der sich an gerade im Kün- **28**

29 Vgl. etwa BAG vom 6.10.2005 – 2 AZR 316/04 – AP Nr. 150 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 2006, 990.

30 Vgl. nur BAG vom 2.6.2005 – 2 AZR 480/04 – AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = NZA 2006, 207.

digungsrecht eine große Rolle spielende verfahrensrechtliche Handlungsvorgaben der Rechtsprechung für die Durchführung der Kündigung hält, hat ein schützenswertes Vertrauen, daß diese Vorgaben nicht nachträglich als fehlerhaft bewertet werden. Ein Hinweis auf die jüngste Rechtsprechung des Senats zum Vertrauensschutz im Rahmen der Massenentlassungsanzeige soll genügen, um das Problem zu verdeutlichen und zugleich zu zeigen, daß die Rechtsprechung des Senats sich bemüht, auch diesem Gesichtspunkt angemessen Rechnung zu tragen.³¹

5. Zügigkeit des Verfahrens

- 29** Gerade wegen der geschilderten finanziellen Risiken eines anhängigen Kündigungsschutzverfahrens, vor allem aber auch wegen der Betroffenheit des Arbeitnehmers, der seines Arbeitsplatzes verlustig zu gehen droht, kommt weiter der Zügigkeit des gerichtlichen Verfahrens Bedeutung zu. Die Folgenabschätzung sieht natürlich auch in der Außenwirkung anders aus, wenn gesichert und bekannt ist, daß eine rasche Klärung streitiger Kündigungsfälle erfolgt. Auch das ist ein der richterlichen Gestaltung zugänglicher Bereich, natürlich abhängig von der vom Staat der Gerichtsbarkeit zur Verfügung gestellten personellen und sachlichen Ausstattung. Es besteht im übrigen auch in diesem Bereich aus meiner Sicht kein vernünftiger Anlaß an einer überzogenen Kritik der Arbeitsgerichtsbarkeit, wie sich aus den hier als bekannt vorausgesetzten statistischen Erhebungen zur Dauer von Kündigungsschutzverfahren unschwer ablesen läßt.³²

31 BAG vom 23.3.2006 – 2 AZR 343/04 – AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969 = NZA 2006, 971.

32 Vgl. *Grotmann-Höfling* (Fn. 5), 398.

D. Exkurs: Richterlicher Vergleich und Wirkungsfolgen

Lassen Sie mich zum Abschluß dann doch noch ein ganz kurzes Wort zur richterlichen Vergleichstätigkeit sagen: Hier ist natürlich die Einbeziehung von Wirkungsfolgen in anderer Weise möglich als bei der Spruchentscheidung. Ein Beispiel: Sind formelle Fehler nicht zu reparieren, spielt es keine Rolle, welche finanziellen Lasten dadurch auf den Betrieb zukommen. Für einen Vergleichsvorschlag kann das hingegen Berücksichtigung finden ebenso wie die Überlegung, daß – angesichts möglicherweise tatsächlich gegebener materiellrechtlicher Wirksamkeit der Kündigung – die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber wie für den Arbeitnehmer mit materiellen und immateriellen Schwierigkeiten verbunden sein kann, so daß eine Trennung unter Verzicht auf den Bestandsschutz die bessere Lösung ist. Eine gütliche Einigung ist bei der Einschätzung der Folgen auch nicht an den Beurteilungszeitpunkt des Zugangs der Kündigung gebunden, sondern kann spätere Entwicklungen mit einbeziehen, wie im übrigen §§ 9, 10 KSchG vorsehen. Auch das führt zu ganz anderen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Wirkungsfolgen. **30**

E. Ausblick

31 Lassen Sie mich mein Ergebnis kurz zusammenfassen:

Alle die unter C. genannten, bei der Einzelfallentscheidung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte – prozessuale Abläufe, Praktikabilität, Stetigkeit, Vertrauensschutz, Zügigkeit – haben Folgewirkungen unmittelbar im Binnenverhältnis der Arbeitsvertragsparteien, strahlen damit aber natürlich auch auf das Außenverhältnis aus, in dem sie das „empfundene“ Bild des Kündigungsrechts und seiner Belastungen bzw. seiner Schutzwirkungen gestalten. Im Unterschied zu den behaupteten wirtschaftlichen Außenwirkungen ist der Richter hier nicht nur unmittelbar gefordert, tätig zu werden, er hat – jedenfalls abstrakt kraft Amtes – auch die nötige Kompetenz und die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, die Auswirkungen seiner richterlichen Tätigkeit zu beurteilen und zu steuern. Eine solche Folgenabschätzung ist Teil der typischen richterlichen Tätigkeit und damit auch geboten und gefordert. Die Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Ziele durch kündigungsrechtliche Rechtsprechung – um es zusammenzufassen und noch einmal zu sagen – aber ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters. Das gilt natürlich – die Kehrseite der Medaille – auch für die umgekehrte Richtung: Der Richter ist auch kein Sozialingenieur im Sinne einer politisch gewollten, aber im Gesetz nicht vorgesehenen Verstärkung des Kündigungsschutzes.

Anders ausgedrückt: Es gibt nicht, je nach Konjunkturlage, einen „Kündigungsschutz light“ oder einen „Kündigungsschutz XXL“.

§ 6 Wolfgang Goos^{*}: Folgenabschätzung in der Tarifpolitik

Rn.

A. Einführung	1
B. Vorstellung	2
C. Hauptthesen	3
D. Fokussierung besonderer Arbeitnehmergruppen	15
I. Frauen und ältere Arbeitnehmer	15
II. Jung und Alt	16
III. Aktuelle Diskussion um die Folgen der Antidiskriminierungsgesetzgebung..	17
E. Zukunftsaufgaben und ihre Umsetzung	18
F. Zusammenfassung	21

* Wolfgang Goos, BAVC Wiesbaden.

A. Einführung

- 1 Es geht nicht nur im Europäischen Recht um das Streben der diversen Normgeber nach besserer Rechtsetzung. Auch die Tarifvertragsparteien haben die Aufgabe, ihr Tätigwerden zu rechtfertigen, es transparenter zu machen und sich um möglichst zeitgemäße und verständliche Regelungen zu bemühen. Dabei sollte immer die Maxime „...*et respice finem!*“ gelten.

B. Vorstellung

Zu meiner Person:

2

Als Jurist arbeite ich seit 30 Jahren für den BAVC, den Spitzenverband der deutschen Chemiearbeitgeber, der für elf Mitgliedsverbände mit rund 2.000 Unternehmen und rund 550.000 Beschäftigten die Tarif- und Sozialpolitik auf Bundesebene vertritt.

Seit fünf Jahren bin ich Geschäftsführer für Arbeitsrecht, Tarifpolitik und Sozialen Dialog und inzwischen stellvertretender Hauptgeschäftsführer.

C. Hauptthesen

- 3 a) Tarifpolitik in der chemischen Industrie will rechtzeitig Zukunftsentwicklungen aufnehmen und den Wandel für Unternehmen und Mitarbeiter verantwortungsvoll gestalten.
- b) Tarifverträge unterliegen zunehmend einem Wandel von der reinen Schutz- zu einer neuartigen Ordnungs- und stärkeren Gestaltungsfunktion.
- c) Es gilt, abgestufte Instrumentarien zu entwickeln, die nach Form und Inhalt angemessen, von den Normadressaten praktisch umsetzbar und reversibel sind, um schneller auf den Wandel reagieren zu können.
- d) Tarifvertragsparteien der Zukunft sollten Systemanbieter für ihre Branche sein.

4 Zu a): Wandel gestalten

Ein gutes Beispiel für die Gestaltung der Folgen des technologischen Fortschritts sind die Tarifregelungen zum Rationalisierungsschutz und der Kündigungsfristen.

Ende der 60er bis in die 70er Jahre haben die großen Industriegewerkschaften auf Kongressen sich unter Beteiligung von Wissenschaftlern zur zentralen Frage der Rationalisierung von Arbeitsprozessen und Fertigungsverfahren durch verstärkte Automatisierung und ihrer tarifpolitischen Behandlung positioniert. Es ging also um die Folgenabschätzung des technologischen Fortschritts, seine Auswirkungen auf die Mitarbeiter und die Beschäftigung insgesamt. Wurden zunächst – wie z.B. 1969 in der chemischen Industrie – sogenannte Verdienstschutzregelungen für ältere, langjährig Beschäftigte getroffen mit Abfindungs- und Umschulungsbestimmungen und einem längeren tariflichen Kündigungsschutz für Betriebszugehörigkeitszeiten von zehn und 25 Jahren, führten die Tarifauseinandersetzungen in anderen Bereichen wie der Metallindustrie und dem öffentlichen Dienst zu Kündigungsverböten für diese Arbeitnehmergruppen in den 70er Jahren. Diesem Trend haben sich die Tarifvertragsparteien der chemischen Industrie nicht angeschlossen. Ausgehend von der gemeinsamen Erkenntnis, daß der technologische Fortschritt und die damit einhergehenden betrieblichen Maßnahmen eine rationellere Arbeitsweise bezwecken, die nicht unmittelbar durch Absatzrückgang bedingt sind (das ist die tarifliche Definition der Rationalisierungsmaßnahmen), die mittel- und langfristig im beiderseitigen Interesse von Unternehmen und Mitarbeitern liegen, wurden keine Verhinderungs- und Verbotsregelungen aufgestellt. Vielmehr stellten die getroffenen Tarifregelungen sogenannte soziale Abfederungen von für den einzelnen nachteiligen Personalmaßnahmen dar.

- 5 In die gleiche Richtung gingen die Mitte der 70er Jahre getroffenen Vereinbarungen über die Errichtung einer Gemeinsamen Einrichtung im Sinne des Tarifvertragsgesetzes, den Unterstützungsverein der chemischen Industrie. Sein Zweck ist die finanzielle Unterstützung unverschuldet arbeitslos gewordener älterer Arbeitnehmer durch Zahlung eines Zuschusses zum Arbeitslosengeld. Die tarifgebundenen Unternehmen der chemischen Industrie haben einen prozentualen Anteil der Bruttolohn- und Gehaltssumme in einen Unterstützungsfonds eingebracht, der seit 1975 bis

heute an ca. 50.000 betroffene Arbeitnehmer rund 44 Millionen Euro Unterstützungsleistungen gezahlt hat.

Das verstehen die Chemie-Sozialpartner unter verantwortungsvoller Gestaltung des Wandels.

Bei der Mitgestaltung der Beschäftigung sind die Wirkungen der Lohnpolitik zu **6** beachten.

Das Hauptbetätigungsfeld der Tarifvertragsparteien war und ist zweifellos die Lohn- oder, wie wir politisch korrekt seit Einführung gemeinsamer Entgelttarifverträge für Arbeiter und Angestellte sagen, die Entgeltpolitik. Hier plaudert man vor einem fachkundigen Kreis wie den Richtern des Bundesarbeitsgerichts und den Arbeitsrechtslehrern gern aus der Schule, wenn man auch für eine so vorbildhaft gesehene Branche wie die chemische Industrie feststellt, daß natürlich die Verhandlungsführer auf beiden Seiten um die Folgewirkungen von Entgelterhöhungen für die zukünftige Beschäftigung wissen. Der damit einhergehende betriebswirtschaftliche Kostendruck auf der Personalseite wird entweder über Preise, weitere Rationalisierungsmaßnahmen oder Personalanpassungen auszugleichen versucht.

Was hier angemessen ist, in Kauf genommen wird oder kontrovers bleibt, können **7** Sie in Diskussionen, Reden und Presseveröffentlichungen als Begleitmusik und Nachklapp zu Tarifrunden in jährlichen Abständen verfolgen.

Welche Branche auf diesem Feld bessere oder schlechtere Tarifpolitik macht, bleibt eine Wertungsfrage.

Zu b): Folgen für den Funktions- und Formenwandel von Tarifverträgen **8**

An anderer Stelle haben wir uns zur Diskussion über die Zukunft des Flächentarifvertrages in die Literatur eingebracht, worauf ich hier ausdrücklich verweisen möchte.¹

Der zu früh verstorbene Prof. *Heinze* hat in seiner charmanten Art die Tarifvertragsparteien der chemischen Industrie mit dem Zitat herausgehoben, wir seien der Zeit um Jahre, wenn nicht Jahrzehnte voraus. Das führt nicht immer zur Begeisterung bei anderen Branchen und zu manchem Unverständnis über Tariffinnovationen, die erst kritisiert und später nachvollzogen werden. Tatsache ist, daß die Chemiearbeitgeberverbände und die IG BCE schon seit über zehn Jahren es gemeinsam als ihre Aufgabe ansehen, sogenannte und als solche erkannte Megatrends tarifpolitisch zu gestalten. Dazu gehören im Rückblick insbesondere die Informationstechnologien und ihre Anwendung in der Arbeitswelt und in der Vorausschau die Globalisierung sowie politischer und demographischer Wandel. **9**

Am Beispiel der Bildschirmarbeitsplätze und der Rechtsprechung zur betriebsverfassungrechtlichen Folgenbewältigung läßt sich sehr schön zeigen, daß letztlich niemandem damit geholfen ist, die Einführung und Anwendung von Informationstechnologien zu verhindern. Auch die juristische Definitionsmacht stieß an tech- **10**

¹ Goos, Die Zukunft der Tarifautonomie – die reformierten Flächentarifverträge der chemischen Industrie, in: GS für Heinze (2005), S. 259 ff.

nische Verständnisgrenzen, wann eine technische Einrichtung zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle bestimmt ist. Ohne besondere tarifvertragliche Regelungen, sondern nur mit frühzeitigen Empfehlungen an die Praxis, Betriebsräte und Beschäftigte in den Einführungs- und Ausgestaltungsprozeß einzubinden, konnten die „Fenster zum Computer“ in der Chemie genutzt werden.

11 Zu c): Abgestufte Instrumentarien

Zehn Jahre danach wurde mit der „Telearbeit“ eine weitere tarifpolitische Chimäre durch die sozialpolitische Landschaft getrieben. Während andere Bereiche glaubten, an konkreten Tarifverträgen nicht vorbeizukommen, haben die Chemie-Sozialpartner im Jahr 2000 Gemeinsame Empfehlungen zur Telearbeit unter der Überschrift „Moderne Arbeitsformen im Informationszeitalter“ herausgegeben. Sie haben in Form der auch für andere Themen bewährten sogenannten außertariflichen Sozialpartnervereinbarungen² darin den beiderseitigen Nutzen dieser Arbeitsform beschrieben und Hinweise für die betriebliche Praxis in puncto Rahmenbedingungen und veränderte Anforderungen an Vorgesetzte und Mitarbeiter gegeben.

12 Als Beitrag zur Bewältigung der Folgen politischen Wandels kann die tarifpolitische Vorgehensweise der chemischen Industrie bei der deutschen Wiedervereinigung dienen.

13 Ausgehend von einer gemeinsamen Vier-Punkte-Vereinbarung im März 1990 wurde bewußt keine Tarifeinheit oder ein fester Stufenplan zur Angleichung der Tarifstrukturen, sondern vielmehr ein tarifpolitisch eigenständiger Annäherungsprozeß in Gang gesetzt, der unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Wirtschaftskraft und Wettbewerbsfähigkeit noch andauert und unterschiedliche Tarifniveaus einschließlich längerer Wochenarbeitszeit aufweist.

14 Die demographische Herausforderung ist, wie wir alle wissen, kein Phänomen unserer heutigen Zeit. Sie hat aber heutzutage eine deutlichere in das allgemeine Bewußtsein gebrachte Dramatik. Daher möchte ich zunächst auf die historische Entwicklung eingehen und die damals gegebenen tarifpolitischen Sachverhalte und Begriffspaare benutzen:

2 Münchener Handbuch für Arbeitsrecht/Löwisch/Rieble, Bd. III, 2. Aufl. (2000), § 280 Rn. 36; Eich, Tarifverträge und Sozialpartnerbeziehungen am Beispiel der chemischen Industrie, NZA 1995, 149-155; Goos (Fn. 1), S. 259, 264-265.

D. Fokussierung besonderer Arbeitnehmergruppen

I. Frauen und ältere Arbeitnehmer

Tarifpolitische Instrumente in den ersten Nachkriegsjahren zur Frauenbeschäftigung **15** waren die sogenannten Leichtlohngruppen, die als Folge des Gleichberechtigungsgesetzes und der Rechtsprechung nach und nach abgeschafft worden sind. Als Antwort auf das Ende der Vollbeschäftigung nach den beiden Ölkrisen und zunehmende Arbeitsmarktp Probleme einerseits und gewerkschaftliche Forderungen nach einer Verkürzung der Arbeitszeit einschließlich der Lebensarbeitszeit andererseits, hat die Chemie mit einem abgestuften Tarifmodell von Vorruhestand und Altersteilzeit den gleitenden Übergang in den Ruhestand eingeführt und das Altersteilzeitgesetz mitgeprägt. Dabei spielte auch der ungesunde Altersaufbau in den Unternehmen und dadurch fehlende freie Stellen für die Einstellung junger Mitarbeiter eine wichtige Rolle. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf war ein weiterer Regelungskomplex, der in der chemischen Industrie nicht über Tarifverträge gelöst, sondern über gemeinsame Empfehlungen und Sozialpartnervereinbarungen in die Regelungskompetenz der Betriebsparteien gelegt wurde.

II. Jung und Alt

Die Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik befindet sich an der Schnittstelle **16** zwischen Politik, Gesetzgebung und Tarifpolitik. Hier hat sich in der Vergangenheit immer wieder gezeigt, daß die Tarifvertragsparteien nur sehr begrenzte Einfluß- und Gestaltungsmöglichkeiten haben. Insbesondere sind die Arbeitgeberverbände nicht in der Lage, ihre Mitglieder wirksam zu verpflichten, Mitarbeiter einzustellen. Der beste Weg ist hier eine moderate Tarifpolitik, die materielle Arbeitsbedingungen bereithält, welche wettbewerbsfähiges unternehmerisches Handeln ermöglichen. Dann kann auch mehr Beschäftigung entstehen.

III. Aktuelle Diskussion um die Folgen der Antidiskriminierungsgesetzgebung

Nur angerissen werden können aus Zeitgründen in diesem Zusammenhang die problematischen Rechts- und faktischen Folgen von Gesetzgebung auf das Handeln der Tarifvertragsparteien. Hier dürfen Gesetze nicht rückwirkend in geschlossene Tarifverträge eingreifen. Vielmehr sind ausreichende Übergangsfristen zu fordern, die die Tarifvertragsparteien nutzen können, um in fairer Verhandlungspartit t Sachverhalte unterschiedlicher Behandlung, z.B. aus Gründen des Alters, für die Zukunft gesetzeskonform regeln zu können. Die wissenschaftliche Diskussion mit berechtigter Kritik an der aktuellen Gesetzesfassung weist ebenso wie die jüngste Entscheidung des EuGH meines Erachtens in die richtige Richtung. **17**

E. Zukunftsaufgaben und ihre Umsetzung

- 18** Sinnvolle Folgenabschätzung setzt zunächst einmal voraus, daß sich die Normsetzer in der Analyse des zu regelnden Sachverhaltes weitgehend einig sind und vor jeder weiteren Befassung über die Folgen ihres Tätigwerdens im klaren sind. Dies verlangt nach meinen Erfahrungen ein Klima des vertrauensvollen Umgangs miteinander und eine größtmögliche Offenheit und Sachlichkeit bei der Feststellung von gemeinsamen und trennenden Interessen. Hier hilft die in der chemischen Industrie entwickelte Umgangsform der Sozialpartnerschaft entscheidend weiter. Unter Sozialpartnerschaft verstehen wir die effizienteste und mit dem größten gemeinsamen Nutzen für die Arbeitgeber, Arbeitnehmer und die Branche verbundene Form des Umgangs zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften im Rahmen ihrer satzungs- und verfassungsmäßigen Interessenvertretung. Ihre Richtschnur ist die Suche nach ideologiefreien, sachgerechten Lösungen ohne Hilfe von Dritten mit offenem Umgang miteinander, laufendem Kontakt untereinander und Bereitschaft zum Kompromiß ohne Überforderung einer Seite.³
- 19** Auf diese Weise konnte auch ein gemeinsames Verständnis über eine der wichtigsten Zukunftsaufgaben beim Umbau des Sozialstaates gefunden werden. Ich meine die vorausschauende Stärkung der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer in elementaren Zukunftsfeldern wie der Beschäftigungsfähigkeit, der Qualifizierung und Weiterbildung und der Vorsorge für das Alter. Mit dieser Maßgabe hat die chemische Industrie folgende Tariffinnovationen auf den Weg gebracht, die ich kurz ansprechen möchte:
- 20** Mit der tariflichen Rahmenregelung zur Qualifizierung wurde die Eigenverantwortung der Arbeitnehmer für ihre Beschäftigungsfähigkeit im Kontext mit der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in einer Präambel, die als Auslegungsmaxime dient, herausgestellt und der neue Grundsatz der fairen Kostenteilung der Weiterbildung der Arbeitnehmer zwischen Unternehmen und Mitarbeiter verankert. Die Möglichkeit, zukünftig Weiterbildungsmaßnahmen kostenmäßig danach aufzuteilen, ob und inwieweit ein größeres betriebliches oder individuelles Interesse an der Durchführung besteht, soll nach dem Willen der Tarifvertragsparteien durch die freiwillige Einführung von sogenannten Langzeitkonten unterstützt werden. Eine entsprechende Rahmenregelung wurde parallel in den Manteltarifvertrag eingeführt. Aus den angesparten Zeitwerten kann danach ganz oder teilweise die individuelle Weiterbildung der Arbeitnehmer finanziert werden.⁴

3 *Molitor*, Auf dem Weg der Sozialpartnerschaft, in: FS für Schlemmer (1990), S. 103, 104-105.

4 *Goos*, Chemie: Langzeitkonten – flexible Lösungen für Arbeitnehmer und Unternehmen, DPL 2004, 68 mit einer ausführlichen Darstellung der Regelung.

F. Zusammenfassung

Mit meinen Ausführungen wollte ich zeigen, daß Folgenabschätzung bei Tarifverträgen wichtig ist, aber im Einzelfall nur bedingt zielführend sein kann, weil sie notwendigerweise wertungsabhängig ist. **21**

Deshalb ist ein gemeinsames Grundverständnis der Akteure entscheidend, das am besten in einem Klima wie der Sozialpartnerschaft entwickelt werden kann.

Als Mitgliederorganisationen müssen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften dieses gemeinsame Grundverständnis über mögliche Folgen ihrer tarifvertraglichen und sonstigen Regelungen an ihre Mitglieder vorher kommunizieren. Außerdem sind tarifliche Regelungsformen wie Öffnungsklauseln zur Flexibilisierung als zu starr erkannter Flächentarifverträge mit Zustimmungs- bzw. Mitteilungserfordernissen zu empfehlen, um den Tarifvertragsparteien Gelegenheit zu geben, permanent die Folgenabschätzung beobachten und evtl. später korrigieren zu können. Ohne eine solche Reversibilität der Tarifverträge bleibt die Folgenabschätzung wirkungslos. **22**

§ 7 Peter Berg^{*} : Folgenabschätzung für Tarifverträge

Rn.

A. Einleitung	1
B. Besonderheiten der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien	4
C. Was ergibt sich aus diesem Befund für den Stellenwert von Folgenabschätzung für Tarifverträge?	16
D. Instrumente der Folgenabschätzung in der Tarifpolitik	25
E. Das Tarifvertragsgesetz als „gutes Gesetz“ im Sinne der Gesetzgebungslehre	29

* Peter Berg, Rechtsanwalt, Justiziar des ver.di Landesbezirks NRW.

A. Einleitung

- 1 Die „Folgenabschätzung für Tarifverträge“ scheint, insbesondere auch literarisch, weitgehend Neuland zu sein.

Soweit ich dies bei der Vorbereitung auf die heutige Tagung überprüfen konnte, ist „Folgenabschätzung für Tarifverträge“ selbst für die Verfasser und Verfasserinnen der gängigen tarifrechtlichen Grundlagenwerke und Kommentare bisher kein Thema.

- 2 Allgegenwärtig ist demgegenüber die tarif- und gesellschaftspolitische und wissenschaftliche Kontroverse über die Bewertung der Ziele und materiellen Ergebnisse von Tarifpolitik und deren tatsächlichen oder vermeintlichen volks- und betriebswirtschaftlichen Folgen.¹ Dies soll aber nicht Thema meiner folgenden Ausführungen sein und ist im Kern wohl auch nicht Gegenstand von „Folgenabschätzung“ im engeren Sinne dieser Tagung.
- 3 Die wenig entwickelte Diskussion über den Stand der Folgenorientierung von Tarifverträgen könnte unter anderem damit zusammenhängen, daß sich die Normsetzung der Tarifvertragsparteien gegenüber der Normsetzung des Gesetzgebers und der Gerichte nicht unerheblich unterscheidet.

1 Vgl. dazu *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht (2005), TVG Einleitung Rn. 48 ff.; *Bispinck*, Das deutsche Tarifsysteem in Zeiten der Krise – Streit um Flächentarif, Differenzierung und Mindeststandards, WSI-Mitteilungen 2003, 395; *Wagner/Schild* (Hg.), Der Flächentarifvertrag unter Druck (2003), S. 9 ff., 229 ff.

B. Besonderheiten der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien

Für die Überlegungen zur Folgenorientierung von Tarifverträgen dürften vor allem folgende Besonderheiten zu berücksichtigen sein:²

- Normsetzung durch Tarifverträge als Ausdruck der Tarifautonomie soll die gleichberechtigte Beteiligung der Arbeitnehmer an der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ermöglichen und deren „strukturelle Unterlegenheit“ ausgleichen:³ Durch kollektives Handeln soll ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Entgelt- und Arbeitsbedingungen ermöglicht werden. Damit realisiert sich die Schutzfunktion der Tarifautonomie. Darüber hinaus wird die demokratische Teilhabe der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in der Arbeitswelt ermöglicht. 5
- Tarifverträge sind das Ergebnis der Verhandlungen von Vertragsparteien, die im Grundsatz gegensätzliche Interessen repräsentieren. 6
- Tarifverhandlungen sind darauf angelegt, die gegensätzlichen Interessen der Tarifvertragsparteien und ihrer Mitglieder durch Kompromißfindung zum Ausgleich zu bringen. Tarifnormen als Ergebnis dieser Verhandlungen sind Ausdruck dieser Kompromisse. 7
- Die Tarifvertragsparteien agieren im Prozeß der Normsetzung nicht in einem druckfreien Raum oder etwa hinter den verschlossenen Türen eines Labors. Sie sind zur Durchsetzung ihrer Forderungen und Verhandlungspositionen nicht auf die Überzeugungskraft ihrer Argumente allein beschränkt, sondern haben – aus guten Gründen – zusätzlich das historisch überkommene und verfassungsrechtlich verbürgte Recht, durch die Entfaltung wirtschaftlichen und damit verbundenen politischen und psychologischen Drucks auf den jeweiligen Verhandlungspartner die Ergebnisse und die konkrete Ausgestaltung der angestrebten Normsetzung ihrer Interessenlage entsprechend zu beeinflussen. 8
- Die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch tarifvertragliche Normsetzung setzt rechtlich – und jedenfalls aus Arbeitnehmersicht auch praktisch-politisch – die demokratische Beteiligung der tarifunterworfenen Mitglieder voraus. Im wesentlichen geschieht dies auf gewerkschaftlicher Seite durch die Beteiligung gewählter Tarifkommissionen, die, wie etwa bei ver.di, sowohl über die Aufstellung einer Tarifforderung als auch die Annahme oder Ablehnung eines Verhandlungsergebnisses verbindlich entscheiden.⁴ Auf Arbeitgeberverbandsseite sind entsprechend die für die Tarifpolitik zuständigen Verbandsgremien zu beteiligen. 9

2 Zusammenfassend zu den Funktionen des Tarifvertragssystems *Berg/Platow/Schoof/ Unterhinninghofen* (Fn. 1), Rn. 17 ff.

3 Vgl. etwa BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/89 – BverfGE 84, 212 = AuR 1992, 29; BVerfG vom 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BverfGE 85, 191 = AiB 1992, 289; BAG vom 16.3.1994 – 5 AZR 339/92 – BAGE 76, 155 = DB 1994, 1726.

4 Vgl. § 68 der Satzung von ver.di; zum typischen Ablauf des Tarifverhandlungsprozesses *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 1), Arbeitskampfrecht Rn. 101 ff.

- 10 ● Da sich Tarifkompromisse weder objektiv noch subjektiv – dem Idealfall entsprechend – ständig als *Win-Win*-Szenarien organisieren lassen, kann die erforderliche Sicherung von Akzeptanz und Folgebereitschaft bei den tarifunterworfenen Mitgliedern notwendig zu einer Verengung des Blickwinkels der Folgenabschätzung bzw. Folgenorientierung führen, etwa durch
 - Orientierung an den Folgen nur für die eigenen Mitglieder oder nur bestimmte Mitgliedergruppen,
 - Orientierung an kurzfristigen statt an langfristigen Folgen oder
 - Orientierung an akzeptanzsichernden Haupteffekten bei Vernachlässigung eigentlich unerwünschter Nebeneffekte.
- 11 ● Insbesondere bei sehr konfliktreich verlaufenden Tarifrunden, etwa wenn durch ein Verhandlungsergebnis ein unmittelbar bevorstehender Streik abgewendet oder ein bereits begonnener Arbeitskampf beendet werden könnte, stehen die handelnden Akteure bei der Fixierung von Verhandlungsergebnissen unter einem enormen Zeit- und Erwartungsdruck, nicht selten unter Inkaufnahme von Verhandlungsmarathons, Nacharbeit und der ständigen Belagerung durch Medienvertreter und Kamerateams.
- 12 ● Diese – nicht mit dem Anspruch auf Vollständigkeit – beschriebenen rechtlichen und praktischen Besonderheiten des Prozesses tarifvertraglicher Normsetzung haben zur Konsequenz, daß der Anspruch einer möglichst umfassenden und realistischen Folgenabschätzung und höchster handwerklicher Sorgfalt bei der Ausformulierung der Tarifnormen nicht immer auf dem Niveau gut gelungener staatlicher Rechtsnormen erfüllt werden kann. Typisch für derartige Defizite sind etwa⁵
- 13 ● die Vereinbarung sogenannter Formelkompromisse zur Kompensation der in der aktuellen Verhandlungs- und Abschlusssituation nicht zum Ausgleich zu bringenden Interessengegensätze,
- 14 ● die Einlassung auf mehrdeutige oder unklare Normtexte, verbunden zuweilen mit der Hoffnung, in der auf den Tarifabschluß folgenden Etappe der Praktizierung des Tarifvertrages durch seine streitige Anwendung, die Produktion entsprechender Auslegungsliteratur und/oder Einschaltung von Einigungsstellen, Schiedsgerichten oder Arbeitsgerichten der im Ergebnis jeweils günstigeren Auslegungsvariante zum Durchbruch zu verhelfen oder
- 15 ● die mangelhafte Einpassung bzw. Abstimmung partieller Neuregelungen mit dem fortgeltenden Bestand der bisherigen Tarifnormen oder mit dem durch Verweisungs- und Ermächtigungsnormen verbundenen zusätzlich geltenden Tarifverträgen, letzteres ein Problem insbesondere auch bei Überleitungstarifverträgen mit komplexen Besitzstandsregelungen für sogenannte Altbeschäft-

5 Dazu und zu den Konsequenzen für die Auslegung von Tarifverträgen Däubler/Däubler, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz (2003), Einleitung Rn. 489 ff.

tigte (vgl. dazu etwa den Vollzug des tarifvertraglichen Systemwechsels von BAT, BMT-G II usw. zum TVöD im Öffentlichen Dienst).

C. Was ergibt sich aus diesem Befund für den Stellenwert von Folgenabschätzung für Tarifverträge?

- 16** Die geschilderten Besonderheiten tarifvertraglicher Normsetzung sollen nun nicht die These stützen, Folgenabschätzung bzw. Folgenorientierung seien prinzipiell ein untauglicher Ansatz zur Optimierung tariflicher Normen.
- 17** Wenn man Folgenorientierung als Bestandteil des gesamten Prozesses tarifvertraglicher Normsetzung postuliert, darf dies allerdings nicht als eine entsprechende Rechtspflicht der Tarifvertragsparteien mißverstanden werden. Genausowenig wie es eine rechtlich konditionierte Verhandlungs- oder Gestaltungspflicht der Tarifvertragsparteien oder eine staatliche oder gerichtliche Inhaltskontrolle ihrer Tarifziele im Hinblick auf ihre Zweckmäßigkeit gibt,⁶ besteht eine rechtliche Verpflichtung zur Folgenabschätzung im allgemeinen oder zur Einhaltung eines bestimmten Verfahrens, einer bestimmten Methode oder eines bestimmten Programms der Folgenorientierung im besonderen.
- 18** Den Tarifvertragsparteien ist ein von staatlicher Rechtsetzung freigelassener Raum zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme überantwortet. Damit wird unter anderem der – im Vergleich zum Gesetzgeber – größeren Sachnähe der Tarifvertragsparteien Rechnung getragen unter dem Gesichtspunkt, daß die Beteiligten besser wissen und besser aushandeln können, was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse entspricht.⁷ Dabei sind die Tarifvertragsparteien an staatliche oder sonstige Gemeinwohlvorstellungen rechtlich nicht gebunden, sondern befugt, und in gewisser Weise von Verfassungs wegen auch aufgefordert, in ihrem Zuständigkeitsbereich eigene Gemeinwohlvorstellungen zu verwirklichen.
- 19** Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der nicht mehr vorbehaltlosen gesellschaftlichen Akzeptanz der Tarifautonomie im allgemeinen und der aktuellen Ausgestaltung des Tarifvertragssystems im besonderen⁸ liegt es allerdings zur Festigung ihrer bzw. seiner Legitimation und der Bindungskraft der Tarifverträge im wohlverstandenen Interesse der Tarifvertragsparteien, den Prozeß der Schaffung von Tarifnormen und seine Ergebnisse im Sinne einer Selbstverpflichtung einer bewußten Folgenabschätzung zu unterziehen. Dabei kann man davon ausgehen, daß die Folgenabschätzung auch bisher – wenn auch unausgesprochen und methodisch nicht fundiert – bereits Bestandteil des Prozesses tarifvertraglicher Normsetzung war und ist.
- 20** Dies vorausgeschickt, sollen im folgenden einige Überlegungen vorgestellt werden, wie die bisher für die Gesetzgebung diskutierten Ansätze einer Folgenabschätzung für die Tarifpolitik nutzbar gemacht werden könnten.
- 21** Wenn man an der Gliederung des Vortrags von Herrn Prof. *Karpen* für die „Folgenorientierung in der Gesetzgebung“ anknüpft, wäre zunächst zu präzisieren, was

6 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. (2004), Grundl. Rn. 47 ff.

7 BVerfG vom 27.2.1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320.

8 *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 1), TVG Einleitung Rn. 48 ff.

denn Anlaß für die Forderung nach einer stringenteren Folgenabschätzung für Tarifverträge sein könnte: Herr *Karpen* hat für den staatlichen Gesetzgeber als wesentliche Punkte die „Normflut“, das heißt die zu große Anzahl von Gesetzen und Rechtsvorschriften, und die „Abnahme der Qualität“ der Gesetze genannt.

Was den ersten Punkt, die Normenflut, angeht, steht nach meiner Wahrnehmung die Anzahl der abgeschlossenen bzw. geltenden Tarifverträge – zu Recht – nicht im Zentrum kritischer Überlegungen. Wenn zu konstatieren ist, daß dem Tarifbericht des BMWA des Jahres 2004 zufolge rund 61.800 Tarifverträge existieren,⁹ wird dies nicht als negativer Befund gewertet, sondern eher als Ausweis der Leistungsfähigkeit und im übrigen auch Differenziertheit des Tarifvertragssystems. Dabei ist zu berücksichtigen, daß diese Tarifverträge, im Unterschied zum typischen Bundesgesetz, in der Regel einen wesentlich begrenzteren räumlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereich haben. Insofern bestehen auch unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Transparenz für die und Rechtskenntnis der Normunterworfenen weniger Probleme als beim staatlichen Gesetz: In der Regel sind für tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber jeweils rund drei bis zehn Tarifverträge maßgebend, deren Verständnis sich wegen der größeren Sachnähe ihres Normenbestands und der unmittelbaren Betroffenheit der Tarifunterworfenen auch leichter erschließt. Beklagt wird für bestimmte Branchen weniger die Anzahl der Tarifverträge als ihre Regungsdichte und Unübersichtlichkeit. **22**

Was die von Herrn *Karpen* konstatierte „Abnahme der Qualität“ der Gesetze angeht, läßt sich eine solche Tendenz meiner Auffassung nach ebenfalls nicht als typische Entwicklung tarifvertraglicher Normsetzung feststellen. Damit soll allerdings nicht in Abrede gestellt werden, daß auch Tarifverträge Qualitätsmängel im handwerklichen Sinne aufweisen, auf einige – teilweise strukturell angelegte – Defizite und Schwierigkeiten habe ich bereits oben hingewiesen. **23**

Unabhängig davon sind in der Tarifpraxis auch unerwünschte Nebeneffekte von Tarifnormen und Akzeptanzprobleme bei tarifunterworfenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern festzustellen, die Ausweichverhalten zusätzlich begünstigen. Als Beispiel dafür können etwa die betriebliche Verweigerung der tarifgerechten Eingruppierung von Aushilfskräften oder geringfügig Beschäftigten, das Outsourcing betrieblicher Hilfsfunktionen wie Werksverkehr, Reinigung oder Bewachung als Flucht aus dem betrieblich geltenden Branchentarifvertrag oder der rechtsmißbräuchliche Einsatz der konzern- bzw. unternehmensgruppenbezogenen Arbeitnehmerüberlassung,¹⁰ ebenfalls zur Tariffucht bzw. zur Unterlaufung des *equal-pay*-Prinzips, genannt werden. **24**

9 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifbericht 2004, S. 6.

10 Siehe dazu die Kontroverse von *Brors/Schüren*, Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung zur Kostensenkung, BB 2004, 2745; *dies.*, Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 494; *Melms/Lipinski*, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004, 2409; *Willemsen/Annuß*, Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 437.

D. Instrumente der Folgenabschätzung in der Tarifpolitik

- 25** Abschließend werde ich skizzieren, welche Instrumente der Folgenabschätzung im Rahmen der Tarifpolitik eingesetzt werden könnten (und wo sie auch an ihre Grenzen stoßen):
- Die in den Gewerkschaften übliche demokratische Beteiligung der Tarifunterworfenen bereits bei der Entwicklung tarifpolitischer Konzepte und Forderungen bietet die naheliegendste Möglichkeit der Optimierung der Folgenabschätzung. Dies kann in gleicher Weise auch im Sinne einer Auswertung der Erfahrung bei der Anwendung abgeschlossener Tarifverträge geschehen. Tarifkommissionsmitglieder, Vertrauensleute oder Betriebsrats- und Personalratsmitglieder können hier als „Experten in eigener Sache“ zu einer realistischen Einschätzung der Folgen neuer Tarifnormen beitragen und Verbesserungen anstoßen. Derartige Prozesse könnten mit einem Verständnis umfassender Partizipation der Tarifunterworfenen systematischer und weniger zufällig organisiert und institutionalisiert werden.
 - Die bisherige oder zukünftige Wirkung von Tarifnormen könnte auch unter stärkerer Einbeziehung von Experten untersucht oder wissenschaftlich begleitet werden. Entsprechende begleitende Forschungsprojekte zur Tarifpraxis hat es in der Vergangenheit vereinzelt bereits gegeben.
- 26** Derartige, von den Tarifvertragsparteien der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite in der Regel separiert voneinander entwickelte Aktivitäten, greifen im hier interessierenden Zusammenhang zu kurz, wenn ihre zur zukünftigen Folgenorientierung geeigneten Ergebnisse nicht Bestandteil der übereinstimmenden Interessen der Tarifvertragsparteien werden bzw. werden können. Je größer die Schnittmenge gemeinsamer Interessen der Tarifvertragsparteien bei bestimmten Regelungsgegenständen ist, um so eher ist es auch möglich, trotz weiter bestehender, aber nicht aktualisierter, Interessengegensätze die Folgenabschätzung als gemeinsamer Normgeber voranzutreiben. In diesem Fall könnte es dann möglich sein, sich in Vorbereitung neuer Tarifprojekte sogar auf eine gemeinsame vorbeugende Folgenabschätzung einzulassen oder zumindest die Anwendung abgeschlossener Tarifverträge kontinuierlich zu begleiten. Durch paritätisch besetzte Kommissionen oder Arbeitsgruppen könnten die Wirkungen der Tarifnormen untersucht, Auslegungstreitigkeiten einvernehmlich beigelegt, gemeinsame Kommentierungen der Tarifnormen angestrebt und dadurch auch während der Laufzeit eines Tarifvertrages bei Anwendungsproblemen nachgesteuert werden.
- 27** Um realistisch zu bleiben, ist allerdings zu bedenken, daß derartige Formen kooperativer Folgenorientierung der Tarifvertragsparteien in der Regel besondere Rahmenbedingungen erfordern:
- stabile wirtschaftliche Rahmenbedingungen im Branchenmaßstab und ein sich daraus ergebender weiter Verteilungsspielraum oder
 - gegenseitige verlässliche Garantie jeweiliger Besitzstände im Sinne eines Moratoriums und

- ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen in die Integrität und Verlässlichkeit der handelnden Personen, etwa der Verhandlungsführer und -führerinnen der jeweils anderen Tarifvertragspartei.

Wie schwierig und riskant sich die Realisierung einer kooperativen Folgenorientierung in der Tarifpolitik erweisen kann, läßt sich am Beispiel der Reform des Tarifrechts des Öffentlichen Dienstes anschaulich zeigen. Um das Ziel einer umfassenden Reform des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes zu erreichen, hatten die Tarifvertragsparteien im Rahmen der Tarifrunde 2002/2003 eine sogenannte „Prozeßvereinbarung“ abgeschlossen, in der die Ziele, die Grundsätze und das Verfahren der Tarifreform festgelegt wurden.¹¹ Durch die mangelnde Verlässlichkeit von Teilen der Arbeitgeberseite, insbesondere der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL), die sich während des Reformprozesses durch die Kündigung der Tarifverträge über Sonderzahlungen und -zuwendungen und die Tarifregelungen über die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit und Verschlechterung der Arbeitsbedingungen neu eingestellter Beschäftigter im Nachwirkungszeitraum der gekündigten Tarifnormen besondere Vorteile verschaffen wollten, wurde der – letztlich erfolgreich abgeschlossene – Reformprozeß zwischenzeitlich an den Rand des Scheiterns gebracht. **28**

11 Dazu *Rieger*, Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes, ZTR 2004, 334; *Roggenkamp*, BAT – Reform eines Ladenhüters?, Personalrat 2003, 225.

E. Das Tarifvertragsgesetz als „gutes Gesetz“ im Sinne der Gesetzgebungslehre

- 29** Bevor ich mit meinen Ausführungen zum Ende komme, möchte ich einen Bogen vom Tarifrecht zu den von Herrn *Karpen* dargelegten Maßstäben für „gute Gesetze“ im Sinne der Gesetzgebungslehre schlagen. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung unseres Tarifvertragssystems in Gestalt des Tarifvertragsgesetzes muß danach als besonders lobenswertes Beispiel unserer Gesetzgebungspraxis angesehen werden: Es beschränkt sich als ausgesprochen schlankes Gesetz auf 13 Paragraphen, von denen nur zwei mehr als vier Absätze aufweisen, und gilt seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1949, also seit nahezu 60 Jahren, im Kernbereich seiner Regelungen unverändert fort.¹² Dies läßt sich vor allem mit seiner hohen Akzeptanz bei den Bürgerinnen und Bürgern im allgemeinen und den Tarifvertragsparteien im besonderen erklären, zeigt seine vom jeweiligen Zeitgeist unabhängige Belastbarkeit und gibt Anlaß zu der Hoffnung, daß es sich auch in Zukunft als eine praxisgeeignete gesetzliche Grundlage für das erfolgreiche Wirken der Tarifvertragsparteien erweisen wird.

¹² Zur Entstehung des TVG vgl. *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 4. Aufl. (2006), Grundlagen Rn. 42 ff., 46.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	BetrVG	Betriebsverfassungs-
a.a.O.	an angegebenem Ort	gesetz	
abl.	ablehnend	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz	BGBI	Bundesgesetzblatt
AcP	Archiv für civilistische Praxis	BGH	Bundesgerichtshof
AGB	Allgemeine Geschäfts- bedingungen	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
AGG	Allgemeines Gleich- behandlungsgesetz	BHO	Bundeshaushalts- ordnung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb	BIB	Basisinformationsbericht
Anm.	Anmerkung	Bl.	Blatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts	BMT-G II	Bundesmanteltarif- vertrag für Arbeit- nehmer gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
APS	Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht	BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz	BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Art.	Artikel	BVerfG	Bundesverfassungs- gericht
AT	Altes Testament	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
Aufl.	Auflage	BVerfGG	Bundesverfassungs- gerichtsgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz	bzw.	beziehungsweise
AuR	Arbeit und Recht	ca.	circa
AZO	Arbeitszeitordnung	c.i.c.	culpa in contrahendo
BAG	Bundesarbeitsgericht	Co.	Company
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	d.h.	das heißt
BAT	Bundesangestellten- tarifvertrag	DB	Der Betrieb
BAVC	Bundesarbeitgeber- verband Chemie	ders.	derselbe
BB	Der Betriebs-Berater	DGB	Deutscher Gewerk- schaftsbund
Bd.	Band	dies.	dieselben
Bde.	Bände	DM	Deutsche Mark
Beil.	Beilage		
BeschFG	Gesetz über arbeits- rechtliche Vorschriften zur Beschäftigungs- förderung		

DPL	Der Personalleiter	Handbuch StR...	Handbuch des Staatsrechts
DRiZ	Deutsche Richterzeitung	Hg.	Herausgeber
ECOTEC	Research and Consulting, Ltd. (UK)	HGB	Handelsgesetzbuch
EG	Europäische Gemeinschaft	i.d.R.	in der Regel
Einl.	Einleitung	i.S.	im Sinne
ErfK	Erfurter Kommentar	IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
ESC	Europäische Sozialcharta	IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
etc.	et cetera	insbes.	insbesondere
EU	Europäische Union	iw-trends	Zeitschrift des Instituts der deutschen Wirtschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof	JuS	Juristische Schulung
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	JZ	Juristenzeitung
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift	Kap.	Kapitel
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	KJ	Kritische Justiz
evtl.	eventuell	KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
f.	folgende Seite	Ltd.	Limited
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	m.E.	meines Erachtens
ff.	folgende Seiten	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
FGG	Gesetz ü.d. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Fn.	Fußnote	MünchKomm.	Münchener Kommentar
FS	Festschrift	MuSchG	Mutterschutzgesetz
gem.	gemäß	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
GFA	Gesetzesfolgenabschätzung	Nr.	Nummer
GG	Grundgesetz	Nrn.	Nummern
ggf.	gegebenenfalls	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GKG	Gerichtskostengesetz	o.ä.	oder ähnliches
GmbH.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
GO BT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages	OHG	Offene Handelsgesellschaft
GS	Großer Senat; Gedächtnisschrift	ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz		

pass.....	passim	WSI.....	Wirtschafts- und Sozial-
Prof.....	Professor		wissenschaftliches For-
RdA	Recht der Arbeit		schungsinstitut in der
REGAM	Regulierung des Arbeits-		Hans-Böckler-Stiftung
	marktes	ZAR	Zeitschrift für
Rn.	Randnummer		Ausländerrecht und
S.	Seite; Satz		Ausländerpolitik
SGB	Sozialgesetzbuch	z.B.	zum Beispiel
sog.	sogenannte/r/s	ZfRSoz.....	Zeitschrift für Rechts-
SozFort	Sozialer Fortschritt		soziologie
StGB	Strafgesetzbuch	z.T.	zum Teil
SZ	Süddeutsche Zeitung	ZAAR	Zentrum für Arbeits-
TdL	Tarifgemeinschaft		beziehungen und
	deutscher Länder		Arbeitsrecht
TVG	Tarifvertragsgesetz	ZfA	Zeitschrift für Arbeits-
TvÖD.....	Tarifvertrag für den		recht
	Öffentlichen Dienst	ZG.....	Zeitschrift für Gesetz-
TzBfG	Teilzeit- und		gebung
	Befristungsgesetz	ZIAS	Zeitschrift für aus-
u.a.	unter anderen / unter		ländisches und
	anderem		internationales Arbeits-
u.U.	unter Umständen		und Sozialrecht
UmwG	Umwandlungsgesetz	Ziff.	Ziffer
USA.	United States of	ZPO	Zivilprozeßordnung
	America	ZRP	Zeitschrift für Rechts-
usw.....	und so weiter		politik
VersR	Versicherungsrecht	ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Ar-
vgl.....	vergleiche		beits- und Sozialrecht
Vol.....	Volume		des öffentlichen
Vorbem.	Vorbemerkung		Dienstes
vs.....	versus		
WM	Wertpapiermitteilungen		
WRV	Weimarer Reichs-		
	verfassung		

Sachregister

Änderungskündigung

§ 3 34, § 4 31, § 4 44

Alltagstheorien **§ 4 19**

Antidiskriminierungsrecht

- Eingriff in Tarifverträge
§ 6 17

- mittelbare
Diskriminierung
§ 3 68 f., § 4 36

- Rechtsvergleichung
§ 2 34

- Verteilung von
Beschäftigungschancen
§ 3 55

Arbeitnehmer

- Pflichten **§ 3 65**

Arbeitskampf

- betrieblicher **§ 2 35,**
§ 3 39

- Krankengeld **§ 3 39**

Arbeitsschutz **§ 2 27,**
§ 3 49 f.

Auslegung

- argumentum ad
absurdum **§ 4 39**

- im Arbeitsrecht **§ 1 51**

- klassischer Kanon
§ 1 44

- Kündigungsschutz-
gesetz **§ 4 41**

- teleologische **§ 1 46**

Betriebsrat § 2 29

Betriebsverfassung

- Kosten **§ 3 54**

- Leiharbeiter
§ 2 33

Bumerangeffekt **§ 2 28,**
§ 3 28 f., § 3 46

Darlegungs- und

Beweislast § 5 24

Demokratieprinzip **§ 1 25**

Dominoeffekt **§ 3 31**

Effizienz § 2 23 ff.,
§ 3 19

Entscheidungsfreiheit

- individuelle **§ 2 31**

- unternehmerische
§ 2 34, § 4 42, § 5 18

Equal-Pay-Grundsatz
§ 2 29, § 7 24

Fallrecht § 2 11, § 5 13

Flexicurity **§ 3 45**

Folgen

- Anreizwirkung **§ 3 26 f.**

- Arten **§ 1 7**

- Begriff **§ 1 5**

- Bewertung **§ 1 17,**
§ 4 32 ff.

- Ermittlung **§ 1 53**

- gesamtwirtschaftliche
§ 3 41 f.

- Orientierung **§ 1 8**

- Prognose **§ 1 54,**
§ 4 18 ff.

- Selektion **§ 4 15 f.**

- unmittelbare **§ 3 25**

Folgenabschätzung

- Erforderlichkeit **§ 3 1 f.**

- Gesetzgebung
§ 1 22 ff.

- Grundlagen **§ 1 5 ff.**

- Instrumente **§ 1 18,**
§ 1 31, § 7 25 ff.

- Kostenfaktor **§ 1 35,**
§ 1 57

- Kriterien **§ 1 16**

- Rechtspflicht **§ 3 66 ff.,**
§ 7 17

- Rechtsprechung
§ 1 39 ff.

- Schutzkosten **§ 3 49 f.**

- Tarifparteien **§ 3 16,**
§ 7 4 ff.

- Tarifvertrag **§ 6 3 ff.,**
§ 7 16 ff.

Folgenorientierung

- Begriff **§ 4 8 f.**

- Gesetzgebungs-
verfahren **§ 1 9**

- richterliche

Entscheidungsfindung
§ 2 14 ff., § 4 12 ff.

- Stufen **§ 1 8, § 3 9 f.,**
§ 4 10

- Tarifvertrag **§ 7 4 ff.**

- Varietät **§ 4 33**

- Zurückhaltung
§ 4 12 ff.

Folgenverantwortung

§ 4 2

Gesetze

- Befristung **§ 1 34**

- Verlässlichkeit **§ 3 58**

Gesetzgebung

- allgemein **§ 1 6**

- Effektivität **§ 1 27**

- Effizienz **§ 1 28**

- Maßstäbe **§ 1 25,**
§ 1 38

- Qualität **§ 1 23**

- Verfahren **§ 1 37**

- Zielerreichungsgrad
§ 1 26

Insider-Outsider-Effekt
§ 3 11, § 3 57
Komplexitätskosten
§ 3 50 f.
Kündigung

- betriebsbedingte
§ 5 16 f.
- personenbedingte
§ 5 15
- Prognoseprinzip **§ 4 37**
- ultima ratio-Prinzip
§ 3 34
- verhaltensbedingte
§ 5 15
- Wirkungsfolgen **§ 3 43,**
§ 5 11

Kündigungsrecht

- Arbeitslosigkeit **§ 3 41**
- Begriff **§ 5 8 ff.**
- beschäftigungspolitische
Folgen **§ 4 21 f.**
- innere Systematik
§ 4 43 ff.
- Strukturwirkung
§ 3 55 f.

Kündigungsschutz

- Berechenbarkeit **§ 5 27**
- Individualschutz **§ 5 10**
- Schwerbehinderte
§ 4 29 f.
- Wahlinitiatoren **§ 3 38**
- werdende Mütter
§ 4 29 f.

Mitbestimmung § 2 29,
§ 3 52
Mitnahmeeffekte § 3 38 f.
Nachtarbeitsverbot für
Frauen § 3 25
Normenflut § 1 22,
§ 7 22
Ökonomie § 1 14,
§ 2 20, § 4 23
Ökonomisierung § 3 17 ff.
Präjudizien § 1 48,
§ 2 2
Qualifizierungskosten
§ 3 2, § 6 20
Rationalitätsgewinn
§ 4 11
Rechtsfortbildung § 1 42,
§ 1 47, § 4 40, § 5 12
Rechtsprechung

- Bindung an Gesetz und
Recht **§ 1 42,**
§ 4 13 f., § 5 12
- Effektivität **§ 1 44**
- Funktion **§ 5 12 f.,**
§ 5 23 ff.
- Kriterien **§ 1 43**
- Lückenfüllung **§ 1 42,**
§ 1 47
- Praktikabilität **§ 4 38,**
§ 5 25
- Prognose **§ 2 12**
- Quasi-Normcharakter
§ 2 3
- Tatsachenstoff **§ 2 5**
- Überforderung **§ 2 16**
- Verfahrensgestaltung
§ 4 45 f.
- Wertentscheidungen
§ 2 8
- Rechtssicherheit **§ 1 42,**
§ 4 42, § 5 27
- Rechtsstaatsgebot **§ 1 25**
- Rechtstreue **§ 3 63**
- Rechtsverweigerungs-
verbot **§ 2 13**
- REGAM-Studie **§ 3 44,**
§ 4 25
- Regeltransparenz
§ 3 58 ff.
- Regelungsermessen
§ 3 15
- Richterrecht **§ 1 6 f.,**
§ 2 2, § 3 4

Rückwirkungsverbot
§ 1 48
Sachverständige § 2 19,
§ 4 19
Sachverständigenrat
§ 4 23
Sonderkündigungsschutz
§ 4 29 f., § 5 26,
§ 5 8
Soziale Rechtsanwendung
§ 1 52, § 3 6
Sozialpartnerschaft § 6 18
Sozialplan § 4 35
Sozialwissenschaft § 2 20
Steuerrecht § 3 46
Tarifkommissionen
§ 7 9
Tarifpolitik § 6 3, § 7 2
Tarifvertrag

- Akzeptanz **§ 7 24**
- demografischer Wandel
§ 6 9
- Formelkompromisse
§ 7 13
- Gestaltungs-
möglichkeiten **§ 6 16**
- Globalisierung **§ 6 9**
- Interessenlage **§ 3 16,**
§ 7 26 f.
- Kompromißfindung
§ 7 7
- Lohnpolitik **§ 6 6 f.**
- Öffnungsklauseln
§ 6 22
- Qualität **§ 7 23**
- Rationalisierungsschutz
§ 6 4
- Unterstützungsverein
§ 6 5
- Vereinbarkeit von
Familie und Beruf
§ 6 15

Tarifvertragsgesetz § 7 29

Technikfolgenabschätzung § 1 37	Verhandlungsmaxime § 4 20	World Economic Forum § 1 24
Überregulierung § 3 46	Vertrauensschutz § 1 48, § 2 26, § 5 28	
Vergleich § 4 46, § 5 30, § 5 6 f.	Whistleblowing § 4 33	
Verhaltensanreize § 3 8	Wirkung - Begriff § 1 5	

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble und Abbo Junker

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2004, ISBN 978-3-9809380-1-3

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-2-0

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-3-7

Band 4

Robert Lubitz,

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-4-4

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-5-1

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-7-5

Band 7

Till Broucker

Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-8-2