

Die Personen, die solche Verträge aushandeln, bilden ein Kartell, das zwar überwiegend als berechtigt oder sogar notwendig angesehen wird, aber eben wie jedes Kartell die Handlungsmöglichkeiten Externer beschneidet. Das Tarifkartell für den öffentlichen Dienst ist vertraglich gut abgesichert: Nach der Satzung der Tarifgemeinschaft deutscher Länder dürfen die Länder Tarifverträge nur mit Zustimmung der Mitgliederversammlung schließen und übertarifliche Maßnahmen nur mit Ermächtigung der Mitgliederversammlung beschließen und durchführen; Verstöße werden mit dem Ausschluss sanktioniert – so widerfahren dem Land Berlin im Jahre 1994 wegen „eigenmächtiger“ Angleichung der Gehälter im Ostteil der Stadt an die im Westen. (Ein „hemmungsloser“ Bezahlungswettbewerb zwischen den öffentlichen Arbeitgebern wäre allerdings nicht erstrebenswert!).

Um Missverständnisse zu vermeiden, möchte ich betonen: Die Tarifautonomie muss erhalten bleiben. Ich habe als Innenminister eines Landes sehr gute Erfahrungen mit Gewerkschaftern und Berufsvertretern gemacht und mit diesen wie auch mit den Personalräten vertrauensvoll zusammengearbeitet. Ich habe beobachtet, mit wie großem Engagement Vertreter der Gewerkschaften sich um Reformen der öffentlichen Verwaltung bemüht haben. Mein Respekt gilt gleichermaßen den Funktionären vor Ort, die zum Beispiel in den Personalvertretungen die alltäglichen Personalgeschäfte mit Augenmaß und Gerechtigkeitsgefühl begleiten, wie den Mitarbeitern der Spitzengewerkschaften, die durch die Vielfalt ihrer beruflichen Kontakte großen Überblick und hervorragendes Judiz gewonnen haben.

Es wäre aber um der Sache willen besser, einen Neuanfang zu machen und ein aus heutiger Sicht konsequentes, in sich stimmiges neues Regelwerk mit weitreichendem Reformanspruch zu schaffen. Beamtenrecht und Tarifrecht sollten gleichzeitig reformiert werden. Dann käme es gar nicht dazu, dass man sich über die Beibehaltung der einen oder anderen Zulage unterhalten müsste, sondern man würde ein modernes Bezahlungssystem mit eingebauten Leistungsanreizen auf der Basis der aktuellen Erfahrungen entwerfen. Man würde Freiräume für dezentrale Lösungen öffnen und viele Fragen, die derzeit umständlich geregelt sind, ganz ungeregelt lassen.

Auf diesem Hintergrund sage ich: Die Arbeit an einem neuen Recht für den öffentlichen Dienst würde den Beteiligten auch neue Profilierungschancen geben und der gemeinsamen Sache nützen.

Dr. Alexander Graser, LL. M., München

Sozialrechtlicher Kündigungsschutz**

Baustein für eine differenziertere Beschäftigungspolitik?

Die Flexibilisierung des Arbeitsrechts ist seit Jahren ein zentrales Thema der arbeitsmarktpolitischen Debatte. Im Brennpunkt steht insbesondere der Kündigungsschutz. Der nachfolgende Beitrag skizziert eine sozialrechtliche Variante des Schutzes bestehender Arbeitsverhältnisse, wie sie in den USA praktiziert wird, und schlägt vor, dieses Modell in Deutschland flankierend zum Kündigungsschutzgesetz einzuführen.

I. Einleitung

Der deutsche Arbeitsmarkt ist in einer Dauerkrise. Die Arbeitslosenzahlen haben sich von den Konjunkturzyklen weitgehend emanzipiert¹. Nur die Reformdiskussion verläuft weiterhin zyklisch. In Wahljahren hat sie

Konjunktur. Ein grundlegender Wandel ist nötig, darin sind sich alle einig. An Ankündigungen mangelt es auch nicht. Nur wartet man bislang vergeblich auf den großen (Reform-)Wurf, der zugleich erfolgversprechend und realisierbar wäre. Einstweilen bleibt also nicht viel anderes übrig, als den Mangel nach Kräften zu verwalten und Verbesserungspotenziale im bestehenden System auszuschöpfen. Eine Möglichkeit dazu könnte der folgende Vorschlag bieten, der an die Diskussionen um die beschäftigungshemmenden Wirkungen des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes in Deutschland anknüpft².

II. Der Vorschlag

Für Arbeitsverhältnisse, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, sollte ein Bestandsschutz über „*experience rating*“ eingeführt werden, d.h. über finanzielle Anreize in der Berechnung des Arbeitgeberbeitrags zur Arbeitslosenversicherung. Die Idee stammt aus den USA, wo *experience rating* seit langem ein fester Bestandteil im System der Arbeitslosenversicherung ist. Wie die Prämien, die hierzulande der Halter eines Kraftfahrzeugs für die Haftpflichtversicherung zu zahlen hat, mit jedem Versicherungsfall steigen, so ist dort der Beitrag des Arbeitgebers zur Finanzierung der Arbeitslosenversicherung gekoppelt an die Anzahl früherer Entlassungen in seinem Unternehmen. Das Prinzip ist also auch bei uns allgemein bekannt, wenn auch vielleicht nicht unter diesem Namen und sicher nicht im Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung.

III. Experience rating in der US-amerikanischen Arbeitslosenversicherung

So simpel das Grundprinzip auch sein mag, so komplex ist seine Umsetzung im US-amerikanischen Arbeitslosenversicherungsrecht³. Das liegt vor allem daran, dass die Organisation und die gesetzliche Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung dort den Gliedstaaten obliegen. Der Bund macht ihnen dabei keine zwingenden Vorgaben. Allerdings gelingt es ihm, die Gliedstaaten durch die Gewährung von Steuervorteilen zur Einhaltung gewisser Rahmenvorgaben zu bewegen. Ein Bestandteil dieser Rahmenvorgaben ist der Finanzierungsmodus des *experience rating*. Im Einzelnen unterliegt seine Ausgestaltung zwar beträchtlichen Variationen, zumal der Bund nur allgemeine Erfordernisse aufgestellt hat. Aber die hier interessierenden Charakteristika des Systems sind relativ einheitlich. Alle Gliedstaaten machen die Höhe des Arbeitgeberbeitrags zur Arbeitslosenversicherung (innerhalb eines festen Rahmens von Höchst- und Mindestbeitrag) davon abhängig, wie sich die Anzahl der in seinem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer entwickelt hat. Weniger Beschäftigte bedeutet höhere Beiträge, sodass das System eine allgemein beschäftigungsfördernde Tendenz hat. Ferner wirkt in nahezu allen Gliedstaaten eine Entlassung mit korrespondierender Neueinstellung prämienerhöhend. Insofern schützt das System also den Fortbestand bereits begründeter Arbeitsverhältnisse.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München.

1) Vgl. zu dieser Diagnose statt vieler Siebert, Arbeitslos ohne Ende, 1998, S. 19-22.

2) Für einen aktuellen Überblick zum Diskussionsstand vgl. Däubler, in: Kötter/Däubler/Zwanziger, KündigungsschutzR. 5. Aufl. (2001), Einl. Rdnm. 960 ff.

3) Ausführlicher zu Ausgestaltung, Wirkungsweisen und Ursprüngen des *experience rating* in der Arbeitslosenversicherung in den USA vgl. Graser, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1999, 48 (m. w. Nachw.).

IV. Vorzüge des experience rating gegenüber dem arbeitsrechtlichen Bestandsschutz

Gegenüber einem allgemeinen individualarbeitsrechtlichen Kündigungsschutz hat der Bestandsschutz über *experience rating* mehrere Vorzüge. Zwar birgt zunächst jeder Bestandsschutz die Gefahr, einstellungshemmend zu wirken⁴. Denn ein Unternehmer, der sich von einem Arbeitnehmer nur mit hohen Kosten wieder trennen könnte, wird bei der Entscheidung über Neueinstellungen womöglich zurückhaltend sein. Auch *experience rating* kann sich diesem Einwand nicht völlig entziehen. Doch der deutsche Kündigungsschutz könnte diese einstellungshemmende Nebenwirkung in höherem Maße haben. Dafür sprechen zwei Erwägungen.

Zum einen sind die Kosten einer Entlassung in Deutschland kaum prognostizierbar. Ein möglicher Kündigungsschutzprozess kostet den Arbeitgeber Geld, selbst wenn er ihn gewinnt⁵. Schon im Vorfeld bringt eine Entlassung einigen Verwaltungsaufwand mit sich. Unterliegt der Arbeitgeber überdies im Prozess, so treffen ihn, wenn das Arbeitsverhältnis dennoch aufgelöst wird⁶, die Kosten der Abfindung⁷. All das ist, jedenfalls vorab, kaum zu kalkulieren⁸. Diese Unsicherheit dürfte den einstellungshemmenden Effekt verstärken. Unter Geltung von *experience rating* dagegen gibt es dieses Problem nicht, weil die mit einer Entlassung verbundenen Kosten exakt vorhergesagt werden können.

Zum anderen sollten die mit einer Entlassung verbundenen Kosten nicht als Verwaltungsaufwand „verpuffen“, sondern möglichst weitgehend den Arbeitnehmern zugute kommen. Bei den erhöhten Arbeitgeber-Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung unter Geltung von *experience rating* ist dies immerhin mittelbar der Fall. Im deutschen System gilt dies dagegen nur für die Abfindungen, nicht dagegen für die Prozesskosten im weiten Sinne.

Ein weiterer Vorzug des *experience rating* liegt in der besseren Dosierbarkeit des Bestandsschutzniveaus. Denn über entsprechende Anpassungen der Beitragsberechnungsformel kann unter Geltung von *experience rating* das Bestandsschutzniveau „stufenlos“ reguliert werden. Konkret: Je weniger Bestandsschutz man für wünschenswert hält, desto mehr sollte man Neueinstellungen die grundsätzlich beitragssteigernde Wirkung von Entlassungen kompensieren lassen – und umgekehrt. Beim deutschen Kündigungsschutz ist eine solche Steuerung offensichtlich nicht möglich, und das nicht nur, weil man Prozesskosten, Verzögerungen etc. kaum gezielt dosieren kann. Auch die Abfindungshöhe, deren Bemessung man theoretisch zumindest auch an den aktuellen Bedürfnissen des Arbeitsmarkts ausrichten könnte, kann in der Praxis für eine solche Steuerung kaum eingesetzt werden, weil hierüber von den Gerichten entschieden wird – also dezentral und ohne die entsprechende arbeitsmarktökonomische Informationsgrundlage.

In der besseren Dosierbarkeit liegt ferner auch noch ein dritter Vorzug des *experience rating*: Seine konjunkturpolitische Einsetzbarkeit⁹. Die prämienerhöhende Wirkung von Entlassungen muss nämlich nicht unmittelbar zum Zeitpunkt der Entlassung eintreten. Vielmehr kann eine verzögernde Komponente in die Formel der Beitragsbemessung integriert werden. Idealerweise könnte durch eine solche antizyklische Verschiebung einer krisenverschärfenden Tendenz, wie sie dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz zugeschrieben wird, entgegengewirkt werden. Den unter Druck geratenen Unternehmen würde so die Möglichkeit eröffnet, sich im Moment des konjunkturellen Abschwungs „gesund zu schrumpfen“. Wie bisher kann Nachfrageeinbrüchen immerhin teilweise vorgebeugt werden, indem Leistungen der Arbeitslosenversicherung die Arbeitnehmer Einkommen partiell erhalten. Und nach überwundener

Krise würden die zeitversetzt angehobenen Arbeitgeber-Beiträge die Kassen der Arbeitslosenversicherung dann wieder auffüllen.

V. Nachteile des experience rating gegenüber dem arbeitsrechtlichen Bestandsschutz

So verheißungsvoll das *experience rating* nach der bisherigen Darstellung auch scheinen mag, es wäre kaum geeignet, das deutsche System eines allgemeinen individualrechtlichen Kündigungsschutzes zu ersetzen. Der Grund hierfür ist nicht, dass es in der US-amerikanischen Praxis nur ein deutlich niedrigeres Bestandsschutzniveau garantiert, als wir es gewohnt sind¹⁰. Denn auch unser bisheriges Ausmaß an Bestandsschutz ließe sich in einem solchen System verwirklichen. Entscheidend ist vielmehr die Einzelfallblindheit des *experience rating*. Denn es berücksichtigt regelmäßig weder die Motivationen, die einer Kündigung zu Grunde liegen, noch die soziale Situation des entlassenen Arbeitnehmers. Zugespielt: Im Rahmen des *experience rating* wirkt sich für den Arbeitgeber die Kündigung eines vermögenslosen Arbeitnehmers mit siebenköpfiger Familie zum Zweck der betrieblichen Rationalisierung nicht anders aus als die Entlassung seines wohlhabenden alleinstehenden Kollegen wegen ostentativ zur Schau getragener Arbeitsscheu. Es liegt auf der Hand, dass der deutsche Kündigungsschutz hier mehr Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet.

VI. Spielräume für experience rating in Deutschland

Wäre *experience rating* demnach kein adäquater Ersatz für den hiesigen Kündigungsschutz, so könnte es dennoch auch in Deutschland zumindest insoweit eine Reformalternative darstellen, als der generelle Kündigungsschutz ohnehin nicht greift. Der Anteil solcher Arbeitsverhältnisse, die nicht in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen, ist durchaus erheblich. Die wohl bedeutsamste Ausnahme vom allgemeinen Kündigungsschutz normiert die so genannte Kleinbetriebsklausel des § 23 I 2 KSchG. Danach gilt der allgemeine Kündigungsschutz nicht in Betrieben mit bis zu fünf Arbeitnehmern. Davon dürften gut 20% der Arbeitsverhältnisse betroffen sein¹¹. Insbesondere hier wäre ein Einsatz von *experience rating* zu erwägen.

Allerdings drängt sich die Frage auf, ob nicht jene Gründe, welche für die Ausnahme bestimmter Arbeitsverhältnisse von der Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes sprechen, auch den Bestandsschutz durch *experience rating* verbieten. Welche Beweggründe hinter der Kleinbetriebsklausel stehen, oder genauer: Auf welche Gründe sie legitimer Weise gestützt werden kann, damit hat sich das BVerfG vor einigen Jahren in einer Entschei-

4) Vgl. hierzu statt vieler Rütters, Beschäftigungskrise und ArbeitsR, 1996, insb. S. 152.

5) Zur Kostentragungspflicht vgl. die Sonderregelung des § 12 a ArbGG.

6) Diese Möglichkeit sieht § 9 I KSchG vor. In der Praxis ist dies der Regelfall, vgl. Däubler (o. Fußn. 2), Einl. Rdnr. 969.

7) Für deren Bemessung gibt § 10 KSchG nur einen Rahmen vor.

8) Darauf weist auch Franz, ZfA 1994, 439 (450), hin.

9) Näher zu den konjunkturellen Wirkungen der verschiedenen Bestandsschutzvarianten im deutschen und US-amerikanischen Recht vgl. Graser, ZIAS 1999, 48 (60 f., 79) m. w. Nachw.

10) Für eine rechtsvergleichende Studie zum Kündigungsschutz insgesamt vgl. Kittner/Kohler, BB 2000, Beilage 4 zu Heft 13.

11) Vgl. Weigand, DB 1997, 2484; die Zahlen beziehen sich auf die Kleinbetriebsklausel in der vorletzten Fassung, die der aktuellen aber weitgehend entspricht, insb. im Hinblick auf den „Schwellenwert“ von mehr als fünf Arbeitnehmern. Näher zu den Änderungen der Kleinbetriebsklausel in den letzten Jahren sogleich unten Fußn. 15-17.

dung zu (einer älteren Fassung) dieser Norm auseinander-gesetzt¹². Danach rechtfertigt sich die besondere Behandlung von Kleinbetrieben zum einen mit der besonderen Abhängigkeit solcher Betriebe von intakten persönlichen Beziehungen, zum anderen mit ihrer regelmäßig geringeren Finanzausstattung und Verwaltungskapazität. Beide Gründe mögen zwar plausibel sein, beziehen sich aber auf Charakteristika des Bestandsschutzes, wie ihn das deutsche Kündigungsschutzgesetz gewährt. Gegen einen Bestandsschutz über *experience rating* sprechen sie nicht.

So ist erstens zwar nachvollziehbar, dass eventuelle Antipathien zwischen einem Arbeitnehmer und seinen Kollegen (oder auch seinem Arbeitgeber, sofern dieser im Betrieb mitarbeitet) gerade in kleineren Einheiten größere Schwierigkeiten erzeugen können. Und weil solche persönlichen Probleme vor § 1 KSchG kaum als Rechtfertigung für eine Kündigung standhalten würden, ist durchaus denkbar, dass ein Arbeitgeber gegen seinen Willen einen unliebsam gewordenen Arbeitnehmer weiter beschäftigen müsste. Unter Geltung von *experience rating* jedoch bestünde diese Gefahr nicht, zumal sich der Arbeitgeber in jedem Falle von dem Arbeitnehmer trennen könnte.

Zweitens mag auch der Verweis auf die geringere Finanzkraft und Verwaltungskapazität kleinerer Betriebe einleuchten. Zwar wird dieser relativen Schwäche oft auch eine entsprechend geringere Belastung gegenüberstehen. Konkret: Wer weniger Beschäftigte hat, kündigt auch seltener. Auf lange Sicht dürften sich die Unterschiede also auch im deutschen System ausgleichen. Im Einzelfall jedoch kann es einen kleinen Betrieb durchaus härter treffen, wenn er eben nicht auf lange Zeiträume gestreckt, sondern auf einmal die Kosten einer Abfindung oder auch der juristisch adäquaten Durchführung von Kündigung und anschließendem Prozess aufbringen muss. Dagegen würde ein Bestandsschutz durch *experience rating* dieser Schwierigkeit entgegen. Denn auf den Arbeitgeber kommt kein gesteigerter Verwaltungsaufwand zu. Und die Belastungen durch die entlassungsbedingte Prämienhöhung fallen nicht einmalig an, sondern verteilt über längere Zeiträume.

VII. Realisierbarkeit des Vorschlags

Wäre demnach der Einsatz von *experience rating* für Arbeitsverhältnisse außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes jedenfalls theoretisch denkbar, so bleibt die Frage nach der praktischen Realisierbarkeit des Vorschlags.

Für die verwaltungstechnische Umsetzung müsste die Berechnung des Arbeitgeberbeitrags zur Arbeitslosenversicherung für jene Arbeitnehmer, für die *experience rating* gelten soll, entsprechend umgestellt werden. Die Erfassung der dafür notwendigen Informationen dürfte die Behörden nicht vor unlösbare Probleme stellen. In den USA wird dieses System schließlich seit langem praktiziert¹³. Trotzdem würde die Einführung von *experience rating* einigen praktischen Aufwand verursachen. Es fielen nicht nur die – einmaligen – Kosten an, die mit der Umstellung des bisherigen Systems der Beitragsberechnung auf den neuen Modus verbunden sind. Zu bedenken ist auch, dass *experience rating* eine kontinuierliche Feinsteuerung erfordert, damit seine Vorzüge voll realisiert werden können. Insbesondere im Hinblick auf die konjunkturpolitische Wirksamkeit würde das hohe Anforderungen an die Verwaltung stellen. In den USA jedenfalls scheint es bislang nicht gelungen zu sein, dieses Potenzial auszuschöpfen¹⁴.

Aber es sind nicht nur verwaltungstechnische Erwägungen, von denen die Realisierbarkeit des Vorschlags abhängt, sondern offensichtlich auch solche der politischen Opportunität. Traditionell ist die Reichweite des Kündigungsschutzes eine heftig umkämpfte Frage. Das Beispiel

der Kleinbetriebsklausel illustriert das besonders deutlich. Kaum hatte die Regierung Kohl¹⁵ sie ausgeweitet, wurde dieser Schritt unter Schröder¹⁶ auch schon wieder rückgängig gemacht¹⁷.

Dennoch sollte die Entscheidung über die Einführung von *experience rating* nicht am Wahlausgang hängen. Schließlich geht es nicht darum, wie viel Bestandsschutz man gewähren sollte, sondern nur darum, wie man ihn möglichst nebenwirkungsarm umsetzt. Zugegeben, die Einführung von *experience rating* in dem Bereich, in dem das Kündigungsschutzgesetz bereits bisher nicht gilt, würde ein „Mehr“ an Bestandsschutz bedeuten. Aber zugleich könnte dieser Bereich ja ausgeweitet werden, so das denn politisch gewollt sein sollte.

Experience rating befreit den Gesetzgeber lediglich von dem misslichen Entweder-Oder, vor dem er zurzeit steht, nämlich entweder den vollen oder aber (nahezu)¹⁸ keinen Kündigungsschutz zu gewähren. So betrachtet, ist es weder arbeitnehmer- noch arbeitgeberfreundlich, weder „links“ noch „rechts“. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine Option für eine differenziertere Arbeitsmarktpolitik, um einen kleinen Baustein für eine vielleicht bessere Mangelverwaltung – bis dass uns dereinst, wie verheißen, die Große Reform von allen Sorgen befreie.

12) BVerfGE 97, 169 = NZA 1998, 470.

13) Zu den historischen Wurzeln des *experience rating* in den USA in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und zu den anfangs parallelen Entwicklungen in Europa vgl. Graser, ZIAS 1999, 48 (52, 67 f.) m. w. Nachw.

14) Ausf. dazu Graser, ZIAS 1999, 48 (61 f.) m. w. Nachw.

15) Vgl. das „Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz“ v. 25. 9. 1996, BGBl I, 1476.

16) Vgl. das „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten“ v. 19. 12. 1998, BGBl I, 3843.

17) Näher zur jüngeren Entwicklung der Kleinbetriebsklausel Ascheid, in: Erfurter Komm., 2. Aufl. (2001), § 23 KSchG Rdnr. 1; ausf. hierzu auch Weigand, in: KR, 6. Aufl. (2002), § 23 KSchG Rdnr. 33.

18) Zum Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes vgl. Weigand, in: KR (o. Fußn. 17), § 23 Rdnrn. 56 f.

Regierungsrat z. A. Matthias Schütte, Wernigerode

Befugnis des Bundesgrenzschutzes zu lageabhängigen Personenkontrollen*

Der Bundesgrenzschutz hat seit September 1998 die Befugnis, im Binnenland auf dem Gebiet der Bahnanlagen und in den Zügen der Eisenbahnen des Bundes sowie auf den Flughäfen mit grenzüberschreitendem Verkehr so genannte verdachts- und ergebnisunabhängige Kontrollen durchzuführen. Diese Kontrollkompetenzen stehen trotz ihrer vom Bundesgrenzschutz im internen Sprachgebrauch bevorzugten Bezeichnung als lageabhängige oder lageorientierte Kontrollen in der Kritik, eine Form der umstrittenen Schleierfahndung zu sein, deren Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten des Rechtsstaates bundesdeutscher Prägung immer wieder Anlass zu kontroversen Diskussionen gab. Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung, liberaler Rechtsstaat oder effektiver Polizeistaat? Diesen Fragen will der Autor nicht zuletzt mittels des nunmehr zur Verfügung stehenden statistischen Materials nachgehen und dadurch Anreize zur Reflektion dieses Themas bieten, dessen Aktualität vor dem Hintergrund der jüngsten Veränderungen im Bereich der Imme-

* Der Autor ist hauptamtlich als Sachgebietsleiter in der Steuerverwaltung des Landes Sachsen-Anhalt und nebenamtlich als Rechtslehrer für Bundesgrenzschutz- und Strafprozessrecht am Aus- und Fortbildungszentrum des Bundesgrenzschutzes in Walsrode tätig.